Welche Erfordernisse stellt der § 369 HGB. für die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts auf?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Max Mohrmann

Referendar am Königl. Amtsgericht Radeberg.

DRESDEN.
Druck von Johannes Pässler.
1909.

Welche Erfordernisse stellt der § 369 HGB. für die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts auf?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Max Mohrmann

Referendar am Königl. Amtsgericht Radeberg.

ACAD. LIBD. BAT. BIBL.

DRESDEN.
Druck von Johannes Pässler.
1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546812_0117

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
Literatur		IV
§ 1	Einleitung	1—3
	Die Voraussetzungen des regelmäßigen kaufmännischen Zurückhaltungsrechts:	
§ 2	A. Die Subjekte	3—7
	B. Die Forderung:	
§ 3	a) Ursprung der Forderung	7—9
§ 4	1. Fortsetzung	9—13
§ 5	2. Fortsetzung	13—21
§ 6	b) Die Forderung selbst	21—25
§ 7	c) Fälligkeit der Forderung	26—27
	C. Die Deckung:	
§ 8	a) Bewegliche Sachen und Wertpapiere	27—32
§ 9	b) Eigentum an den Zurückbehaltungsgegenständen	32—36
§ 10	c) Der Zurückbehaltungsbesitz	36—38
§ 11	Fortsetzung: Der Erwerb des Zurückbehaltungs-Besitzes	38—43
§ 12	Die Bestimmung des Abs. 3 des § 369	43—47

Literatur.

Anschütz und Völderndorff, Kommentar zum a. HGB.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1898.

Düringer und Hachenburg, das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Mannheim 1909.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. II, Leipzig 1882.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Frommhold, Leipziger Dissertation 1904.

Gareis, das deutsche Handelsrecht 7. Aufl. Berlin 1903.

Gareis, das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, München 1892.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I, 2, Erlangen 1868.

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9.

Goldmann, das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 1895.

v. Hahn, Kommentar zum alten HGB., I. Bd., 3. Aufl. 1879, II. Bd., 2. Aufl. 1883.

Jacoby Ernst, Wertpapiere, Jena 1901.

Jacoby Ernst, Das Wertpapier als Legitimationsmittel in den „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess des Deutschen Reichs, herausgegeben von Otto Fischer, Bd. XIV.

Korn, Tübinger Dissertation 1881, das kaufmännische Retentionsrecht.

Laband, in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 9.

Lehmann und Ring, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1901.

Lehmann Karl, Lehrbuch des Handelsrechts 1908.

Lutz, Prot. der Kommission zur Beratung eines Allg. deutschen HGB. Würzburg 1863.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl., Berlin 1907.

Müller, Rostocker Dissertation 1901, das Zurückbehaltungsrecht nach dem HGB. (§ 369—372).

Planitz, Leipziger Dissertation 1906, das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht (geschichtlich entwickelt).

Puchelt, Kommentar zum a. HGB. 1878.

Riesser, das Bankdepotgesetz, Berlin 1897.

Schlegelberger, das Zurückbehaltungsrecht, Jena 1904. In den obenerwähnten Abhandlungen Bd. 12.

Siegel, Corp. jur. camb. etc. 2 Teile 1742.

Sievers, Dr. jur. Hermann, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (HGB. §§ 369—372) im Sächs. Archiv für Deutsches Bürgerl. Recht, Bd. 14.

Staub, Kommentar zum HGB. 8. Aufl. 1908.

Sohm, der Gegenstand. Ein Grundbegriff des BGB. Leipzig 1905.

Thöl, das Handelsrecht, 6. Aufl. 1879.

Wolf, in Busch's Archiv für HR., Bd. 3, S. 25.

Einleitung.

§

Eines der Mittel zur Sicherung des kaufmännischen Kredits ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, auch, im Anschluß an das alte Recht, Retentionsrecht genannt. Seine gesetzliche Regelung im Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897 hat es in den §§ 369 bis 372 gefunden: Unter bestimmten Voraussetzungen hat ein Kaufmann das Recht, gewisse Gegenstände, zu deren Herausgabe er ohne das Zurückbehaltungsrecht verpflichtet ist, zurückzubehalten und aus ihnen Befriedigung für seine Forderung zu suchen.

Die Voraussetzungen der Entstehung des Rechts sind in § 369, HGB. Abs. 1, 3, genau festgelegt. Als ein bevorzugter Fall dieses Rechts stellt sich das sog. Notzurückbehaltungsrecht dar (§ 370 HGB.), bevorzugt insofern, als es zu seiner Entstehung weniger Voraussetzungen bedarf wie im Regelfalle. Seinen Namen hat es daher, daß es nur eingreift, falls der Forderungsschuldner = Zurückbehaltungsgegner in Konkurs geraten ist oder seine Zahlungen eingestellt hat oder eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen erfolglos versucht worden ist.

Goldschmidt bringt diesen Namen noch nicht. Wir finden ihn aber bei Cosack, Lehmann-Ring, Düringer-Hachenburg, Staub, Makower, Goldmann u. a. Laband[1]) jedoch stellt einem „ordentlichen" Zurückbehaltungsrecht ein „außerordentliches" Zurückbehaltungrecht entgegen.

Bei der Scheidung in „ordentliches" und „außerordentliches" Zurückbehaltungsrecht haben wir offenbar davon aus-

[1]) Laband, a. a. O., S. 495.

zugehen, daß die Konkurseröffnung und die Zahlungseinstellung außerordentliche Vorgänge im Geschäftsleben bilden; man sieht also auf die Seltenheit solcher Vorgänge, nicht auf die Notlage des Schuldners, die sich in ihnen kundgibt. Nun sagen einige Schriftsteller,[2]) diese Bezeichnungen seien insofern irreführend, als sie den Glauben erweckten, das regelmäßige = ordentliche Zurückbehaltungsrecht sei das häufigere, das Not- bez. außerordentliche Zurückbehaltungsrecht das seltenere, während es doch umgekehrt sei. Das ist nicht richtig. Jene Schriftsteller huldigen offenbar der Anschauung, daß das Zurückbehaltungsrecht erst im Augenblick des Beginns seiner Ausübung zur Entstehung komme. Wäre dem so, dann müßte ihnen zugestimmt werden; denn in der Tat ist es das außerordentliche Zurückbehaltungsrecht, das am häufigsten, viel häufiger als das ordentliche Zurückbehaltungsrecht, ausgeübt wird: bei dem heutigen Kreditwesen, das seine Ursache in der scharfen Konkurrenz und wohl auch in einem über das gesunde Maß hinaus verfeinerten Begriff des kaufmännischen Anstandes hat, ist es ja nicht verwunderlich, daß ein Kaufmann nur in den Fällen mißlichster Vermögenslage des Schuldners von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht. Nun entsteht aber das Zurückbehaltungsrecht nicht erst mit oder durch Ausübung, vielmehr entsteht es, sobald alle seine gesetzlichen Voraussetzungen erstmalig gleichzeitig erfüllt sind,[3]) mag es sofort in diesem Zeitpunkt, später oder überhaupt niemals ausgeübt werden. Korn hat sich wohl dadurch täuschen lassen, daß das Zurückbehaltungsrecht vor seiner Ausübung nicht in die Erscheinung tritt. Daher: selbst wenn wir bei den Bezeichnungen ordentliches — außerordentliches Zurückbehaltungsrecht an die Häufigkeit bez. Seltenheit des Auftretens dieses Rechts im kaufmännischen Leben denken, so sind sie zutreffend und nicht „irreführend". Die Voraussetzungen

[2]) Z. B. Korn, S. 71, Anm. 8.

[3]) Vgl. Urteil des RG. (5. Zivil-Senat) vom 23. September 1899, Gruchot, 44, S. 1069: „Das Retentionsrecht entsteht vielmehr oder — wie Art. 314 HGB. sich ausdrückt — es „besteht", wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, unter denen es geltend gemacht werden darf. Planitz, a. a. O., S. 33 „es entsteht ipso jure auf Grund eines objektiv gegebenen Tatbestandes".

dieses Rechts, und zwar nur die des regelmäßigen Zurückbehaltungsrechts, sollen uns jetzt beschäftigen.

Die Voraussetzungen des regelmässigen kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

§ 2.

A. Die Subjekte.

Das Bedürfnis nach Deckung konnte erst entstehen, nachdem der deutsche Kaufmann mit Kaufleuten anderer Städte, anderer Länder in Geschäftsverbindung getreten war. Seine Mitbürger in der Vaterstadt kannte er ja nach ihren kaufmännischen Eigenschaften und ihrer Vermögenslage; mindestens war er imstande, sich die Kenntnis in kürzester Zeit zu verschaffen; auch brachten sie nicht so leicht, ihm verborgen, bei drohendem Zusammenbruche Vermögensstücke beiseite: er griff zu nicht später als die anderen Gläubiger. So begnügte er sich denn auch nach Eindringen des römischen Rechts mit dem Versprechen des Schuldners, dem Haftungsversprechen, auf das er seine Klage stützte, wenn die Schuld nicht erfüllt ward. Der Schuldner haftet ihm schon lange nicht mehr bloß mit seiner Person, sondern mit Vermögen und Person. Aber seine Geschäftsfreunde draußen in entfernten Städten und Ländern: wie sollte man ihnen vertrauen, da man sie doch nicht kannte; auch konnte man ihrer nur schwer habhaft werden. Da verlangte er nach Deckung, nach Mitteln zur Sicherung seiner Forderung und fand sie. Dem Bedürfnis entsprechend wurden Deckungsrechte zunächst nur gegen die fremden Kaufleute geschaffen. Das Augsburger Rats-Dekret vom Jahre 1682,[1]) das „nach dem Exempel sowohl verschiedener Reichs- als anderer auswärtiger Handels-Städte“ ergangen ist, sagt: „Dass hinführo bei fremden Kauff- und Handelsleuten die hiesigen Kauff- und Handelsleute, welche wegen künfftig aus-

[1]) Siegel, Corp. jur. camb. I, S. 326. Augsburger Ratsdekret, das Kompensations- und Retentionsrecht in Fallimentsfällen betreffend, vom 28. Februar 1682 zitiert bei Goldschmidt, S. 1004, Anm. 24.

brechender Fallimente, was vor Waaren, Geld oder andere Sachen in Händen, hingegen aber an den oder dieselbe wegen vorgeschossener Gelder, Verdienst oder in andere Fälle, so entweder bereits verfallen, oder hernach verfallen möchte, liquidirlichermassen etwas ausständig zu prätendiren oder zu fordern haben, solche sowohl bei dergleichen ausgebrochenen Fallimenten noch zu gewarten gehabt, und folgends empfangen, als die bereits vorher in ihren Händen bestandenen Gelder und Effetti anders und weiter nicht als auf vorhergehenden Abzug ihrer darauf zu prätendiren habenden liquidirlichen Schulden herzugeben und ad communem creditorum massam einzuwerffen schuldig und gehalten."

Erst fast 40 Jahre später, durch das Augsburger Rats-Dekret vom 9. Dezember 1721 [2]) ist das Recht auch gegen Augsburger gegeben worden. Ein Jahr darauf erschien eine Nürnberger Wechselordnung, die, gleich dem ersterwähnten Augsburger Rats-Dekret, das Deckungsrecht nur dem einheimischen Kaufmann gegen auswärtige Schuldner gab.

Schließlich kam es dahin, daß unser Institut nicht auf kaufmännische Kreise beschränkt blieb, so besonders nach der Frankfurter Wechselordnung von 1739, auch nach der Hamburger Wechselordnung von 1711, Bremer Wechselordnung von 1712, Churpfälzischer Wechselordnung von 1726, Jülich-Berg. Wechselordnung von eben diesem Jahre.

Die (Nürnberger) Commentatio succincta in codicem juris statut. Norici vom Jahre 1757 gewährt das Recht nur wegen Handelsforderungen. Bezüglich der österreichischen Wechselordnung von 1717 und des österreichischen Wechselpatents von 1763 [3]) ist es bestritten, ob sie auch Nichtkaufleute zur Retention berechtigten; sicher aber gaben sie das Recht gegen

---

[2]) Siegel, a. a. O., S. 327, zitiert bei Goldtchmidt, S. 1004, Anm. 24.

[3]) „Weil auch der Kauffmann-Stylus mit sich bringet, dass, falls einer von einem Tertio Effekten in Händen und vor seine eigene Rechnung, dann auch vor andern von demselben absonderlich zu fordern hat, der Tertius aber keine völlige Zahlung tut, ein jeder, er sei einheimisch oder fremd, zufördert von demjenigen, was er in Händen, auch sonsten, wenn er es vor Ausbrechung eines Falliments an sich zu ziehen weiss, seinen eigenen Conto zu saldiren befugt sei, so lassen wir auch fernershin es noch darbey bewenden."

Nichtkaufleute. Diese Bestimmung enthielt auch der auf der Nürnberger Konferenz vorgelegte revidierte österreichische Entwurf [4]) und der I. Nürnberger Entwurf, Art. 262,[5]) nicht aber der II. Nürnberger Entwurf [6]) und a. HGB., Art. 313; denn es war in der zweiten Lesung die Ansicht durchgedrungen, daß sonst der Kaufmann gegenüber dem Nichtkaufmann zu sehr im Vorteil sei, insbesondere im Konkurse von Nichtkaufleuten.

Dem Art. 313 a. HGB. gleich bestimmt das neue Handelsgesetzbuch in § 369:

> Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht.

Hierdurch wird, da beiderseitige Handelsgeschäfte nur von Kaufleuten geschlossen werden können, das Erfordernis der Kaufmannseigenschaft auf Seiten des Zurückhalters und seines Gegners zurzeit der Begründung der Forderung, zu deren Deckung das Zurückbehaltungsrecht dient, aufgestellt. Dieser Zeitpunkt wird aber nur selten mit dem der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts zusammentreffen; denn diese erfolgt ja erst, wie wir gesehen haben, wenn alle Voraussetzungen zum ersten Male gleichzeitig vorhanden sind. Nun ist aber gerade der Zeitpunkt, in den die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts fällt, wesentlich für die Beurteilung der Frage, ob das Recht nach den heute geltenden Bestimmungen einen rein kaufmännischen Charakter hat. Wir müssen daher festzustellen suchen, ob auch für diesen Zeitpunkt die Kaufmannseigen-

---

[4]) Protokollierten Handelsleuten kommt für alle ihnen aus Handelsgeschäften entspringende Forderungen auf Waren und anderes bewegliches Vermögen ihres Schuldners, welches durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmäßige Weise in ihre Innehabung gekommen ist, das gesetzliche Pfandrecht zu, daraus, unbeschadet früherer Ansprüche dritter Personen, vorzugsweise ihre Befriedigung zu erlangen, audern Gläubigern kann darauf nur in Ansehung des Restes, welcher nach Berichtigung dieser Handelsforderungen erübrigt, mit Wirksamkeit, Verbot oder Exekution erteilet werden.

[5]) Prot., S. 458.

[6]) II. Nürnberger Entw., Art. 294, Prot., S. 1348, 1350, 1352.

schaft auf beiden Seiten erfordert wird. Da der Absatz 1 des § 369 allein von der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts handelt, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Eingangsworte des Gesetzes zu lesen sind: nur einem Kaufmann und nur gegen einen Kaufmann entsteht ein Zurückbehaltungsrecht .... Somit wird in der Tat das Erfordernis der Kaufmannseigenschaft beider Parteien zu einer Voraussetzung der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts, das Recht selbst nur hinsichtlich seiner Entstehung zu einem rein kaufmännischen gestempelt.[7]) Darüber hinauszugehen liegt kein ausreichender Grund vor: wir dürfen daher das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft nicht mehr für den (späteren) Zeitpunkt der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts verlangen.[8]) Die gegenteilige Ansicht stände nicht bloß mit dem Wortlaut, sondern auch mit dem Geist des Gesetzes in Widerspruch, mit der aequitas mercatoria, die das ganze Handelsrecht beherrscht.

Die Kaufmannseigenschaft muß in der Regel nach deutschem Recht begründet sein.[9]) Inwieweit auch ausländisches

[7]) Makower sagt in Anm. 3.: „Die Notwendigkeit des Vorliegens eines beiderseitigen Handelsgeschäfts verweist nur auf den Zeitpunkt des Abschlusses jenes Geschäfts, während in der Betonung, daß nur ein Kaufmann gegen einen Kaufmann das Zurückbehaltungsrecht habe, der Hinweis darauf zu finden ist, daß die Eigenschaft auch zu einem späteren Zeitpunkt vorhanden sein muß." Es ist ungenau, zu sagen zu einem s p ä t e r e n Zeitpunkt. Denn wenn alle übrigen Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts vorhanden sind, und der Kaufmann mit einem andern ein Handelsgeschäft abschließt, aus dem ihm sofort mit Abschluß eine fällige Forderung entspringt, so entsteht g l e i c h z e i t i g mit der Forderung das Zurückbehaltungsrecht wegen dieser.

[8]) So Staub, Anm. 5; Lehmann-Ring Nr. 2, Endemann § 182 a IV, S. 101 oben, Düringer und Hachenburg, Note IV, 1, der aber ungenau fortfährt: „War der Gläubiger oder der Schuldner im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung o d e r des Zurückbehaltungrechts im Handelsregister eingetragen, so gelten sie kraft des Eintrags als Kaufleute, auch wenn nachträglich die Löschung ....." - Busch, Bd. 38, S. 239, ROHG., Bd. 6, S. 113; Makower mit der Begründung: da ... anzunehmen ist, daß ein vorhandenes Recht nicht durch Änderungen in sonstigen persönlichen Verhältnissen eines der Beteiligten erlöschen soll ...

[9]) Sie bestimmt sich nach dem Handelsgesetzbuch, I. Buch, 1. Abschnitt. Kaufleute im Sinne des § 369 sind Vollkaufleute wie Minderkaufleute, Muß-,

Recht (z. B. in den Fällen, wo in unserem Recht nur die Eintragung der Kaufmann macht) in Anwendung kommen darf, ist hier nicht zu erörtern.

§ 3.

B. Die Forderung.

a) Ursprung der Forderung.

Aber die subjektiven Voraussetzungen genügen doch nicht ganz, dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht den Charakter eines rein kaufmännischen Rechts zu geben. Denn nicht jedes Geschäft eines Kaufmanns ist ein Handelsgeschäft; andererseits treffen nur im Handel die Gesichtspunkte zu, die für das Deckungsrecht der Kaufleute sprechen. Die Folgerung aus dem Gesagten ist: Es muß hinzukommen, daß der Kaufmann als solcher gehandelt hat, also in dem Handelsgewerbe, das ihn zum Kaufmann machte: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entsteht nur, wenn die Forderung, wegen deren zurückbehalten werden soll, auf einem (beiderseitigen) Handelsgeschäfte beruht; auch muß das Geschäft, durch das der Gläubiger den Besitz der Deckung erlangt hat, ein mindestens einseitiges Handelsgeschäft gewesen sein. Mit

---

Soll- und Kannkaufleute; auch der Scheinkaufmann (aber nicht im Sinne Staubs, der den § 5 HGB.anspricht als Hauptfall eines handels-rechtlichen, im Gesetzbuch allerdings unausgesprochen gebliebenen Grundsatzes: Derjenige, der sich als Kaufmann geriert, muß es sich gefallen lassen, daß er als Kaufmann gilt; gegen diese „Gestionstheorie", die besonders im Exkurs zu § 5 bei Staub niedergelegt ist, hat sich bereits Venus, „Der zu Unrecht im Handelsregister eingetragene Gewerbetreibende", mit Erfolg gewendet). Siehe ferner §§ 210, II, 320, III HGB. in Verbindung mit § 6 HGB.; Reichsgesetz vom 20. April 1892 und vom 20. Mai 1898, betr. die Gesellschaften m. b. H., § 13, II; Reichsgesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, § 17, II; Bankgesetz vom 14. März 1875; Schutzgebietsgesetz vom 10. September 1900. Vereine, die durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangt haben (§§ 22, 23 BGB.) — vorausgesetzt, daß sie das System der handelsrechtlichen Gesellschaften nicht durchkreuzen (Cosack, § 127 a, 1 a) — rechtsfähige Stiftungen (§ 80 BGB.), Gewerkschaften, die gemäß § 2 HGB. Kaufmannseigenschaft haben, können ebenfalls Parteien des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts sein.

Recht sagt daher Gareis: „Eine durchaus eigentümliche, streng merkantile Wirkung von Handelsgeschäften ist die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.“ [1])

Es gilt heute der Satz: Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.[2]) Das sind im Zweifel alle, von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte.[3]) Die Rechtsgeschäfte des Handelsverkehrs sind die gleichen wie die des bürgerlichen Verkehrs. So gibt es auch unter den Handelsgeschäften einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge.

Von einem durchaus anderen Gesichtspunkte haben wir bei der Scheidung in sog. einseitige und zweiseitige Handelsgeschäfte auszugehen: einseitig heißt das Handelsgeschäft, wenn die Handelsgeschäftseigenschaft nur auf seiten eines Beteiligten, zweiseitig oder beiderseitig, wenn die Handelsgeschäftseigenschaft auf beiden Seiten begründet ist.

Während nun zu dem Erwerb des Besitzes an Retentionsobjekten ein einseitiges Handelsgeschäft genügt, ist zur Begründung der Retentionsforderung ein zweiseitiges Handelsgeschäft erforderlich. Die verschiedene Behandlung findet darin ihre Rechtfertigung, daß die Beschränkung der dem Besitzerwerb zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte auf zweiseitige Handelsgeschäfte dem Zurückbehaltungsrechte den praktischen Wert nehme. Aus dem gleichen Grunde hatte man ja sogar — allzu ängstlich — zugunsten der weiten Fassung des Rev. österreichischen Entwurfs § 50 „durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmäßige Weise“ den in der ersten Lesung im Sinne der heutigen Fassung ergangenen Antrag abgelehnt und erst in der zweiten Lesung angenommen.[4]) Wollte man einmal den Kreis der Anwendungsfälle des Deckungsrechtes enger ziehen, so war das allein Richtige, bereits das Fundament, auf dem das Zurückbehaltungsrecht aufgebaut ist, nicht zu

[1]) Gareis, § 44, Ziff. 9.

[2]) § 343 HGB.

[3]) § 344 I. HGB., siehe ferner Abs. II.

[4]) Prot., S. 458 bis 462, 468; I. Nürnbg. Entw., Art. 262, II. Nürnbg. Entw., Art. 294, Prot., S. 1349 bis 1351, 1357 (Anlage C), 1421, a. HGB., Art. 313.

groß anzulegen. Dies Fundament ist die Forderung: so ist denn erstens das Erfordernis ihres Ursprungs aus zweiseitigen Handelsgeschäften entstanden. Die notwendigen beiden Subjekte des zweiseitigen Handelsgeschäfts sind auf Gläubigerseite der spätere Zurückhalter (ein Kaufmann ...), auf Schuldnerseite der Zurückhaltungsgegner (einen anderen Kaufmann..); darum sagt auch das Gesetz nicht „zweiseitigen", sondern „beiderseitigen Handelsgeschäften". Eine andere Bedeutung ist dem Worte nicht beizulegen. Zumal ist nicht etwa zu lesen: „aus ihren wechselseitigen Handelsgeschäften", so daß unter der Forderung aus ihnen der Saldo zu verstehen wäre; das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist durchaus nicht nur ein Deckungsmittel für die dauernde Geschäftsverbindung.[5]) Es genügt vielmehr ein einziges Handelsgeschäft; die Anwendung der Mehrzahlform bei „Forderungen" und „beiderseitigen Handelsgeschäften" kann zur Begründung für oder wider nicht herangezogen werden, denn sie beruht ebenso auf rein redaktionellen Gründen, wie bei der Voraussetzung der Besitzerlangung „auf Grund von Handelsgeschäften", die zuvor die Lesart „auf Grund eines Handelsgeschäftes" zeigte.[6])

Fortsetzung.

§ 4.

Zu dieser Beschränkung auf beiderseitige Handelsgeschäfte trat aber noch eine weitere hinzu: die zur Zurückbehaltung berechtigende Forderung muß aus zwischen ihnen geschlossenen Handelsgeschäften herrühren.

Die Erörterung dieses Erfordernisses macht ein längeres Verweilen nötig.

§ 50 des österreichischen Entwurfs lautete in seinem Anfang: „Protokollierten Handelsleuten kommt für alle ihre aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen ..." Es kam in der 52. Sitzung zu einer langen Besprechung darüber, ob der Gläubiger auch für Forderungen, die durch Zession an

[5]) Das behauptet Karl Lehmann, a. a. O., § 126, Nr. 6.

[6]) Prot., S. 1349 bis 1351, 1357, Anlage C, 1421.

ihn gelangt seien, ein Pfandrecht an den in seinem Besitze befindlichen Vermögensstücken des Schuldners haben solle. Das Ergebnis der Abstimmung über einen diesbezüglichen Antrag war der Beschluß, „es solle das Pfandrecht auch für die durch Zession erworbenen Forderungen zulässig sein", und die Fassung des nach der ersten Lesung redigierten Entwurfs lautete in Art. 262: „Ein Kaufmann hat wegen seiner aus Handelsgeschäften entspringenden Forderungen ..." Bei jenem Beschluß verharrte man auch in der zweiten Lesung; [1]) gleichwohl gelangte folgende, von der Redaktionskommission gegebene Fassung zur Annahme: „Wegen seiner fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen." [2])

Daß diese neue Fassung eine sachliche Änderung gegenüber der alten und dem alten Beschluß enthielt, war niemand entgangen. Sie wurde sowohl in den Worten „zwischen ihnen geschlossen" wie „beiderseitig" gefunden. Es wurde — nach unserer Meinung nicht mit Recht — bemerkt, daß das, was die Worte „zwischen ihnen geschlossen" zum Ausdruck bringen sollen, auch in dem Worte „beiderseitig" enthalten sei. Auf S. 1422 der Protokolle lesen wir nun: „Die Worte „aus ihren beiderseitigen Handelsgeschäften" sollten nicht soviel heißen, daß es genüge, wenn der Schuldner, indem er die Schuld kontrahierte, gleichviel mit welchem Gegner, ein Handelsgeschäft machte, selbst wenn nur die Zession, durch welche er sie von dem früheren Gläubiger erworben hätte, als ein solches zu betrachten wäre; diese Worte hätten vielmehr die Bedeutung, daß das Geschäft, durch welches der Gläubiger eine Forderung gegen einen Schuldner erworben habe, auf seiten beider ein unter ihnen geschlossenes Handelsgeschäft darstellen müsse. Zedierte Forderungen seien hierdurch keineswegs gänzlich ausgeschlossen. Es gehöre z. B. hierher immer noch der Fall, wenn die Veranlassung zum Erwerbe der zedierten Forderung ein zwischen dem Zessionar und debitor cessus abgeschlossenes Handelsgeschäft war."

[1]) Prot., S. 1352.

[2]) Prot., S. 1418 ff.

Trotz dieser — zum Teil allerdings schwer zu verstehenden Erklärung — ist die Auslegung der gedachten Gesetzesworte, insbesondere betreffs der Behandlung zedierter Forderungen, immer noch eine Streitfrage.

Aus der großen Zahl von Äußerungen hierüber in der handelsrechtlichen Literatur mögen einige folgen:

Goldschmidt: „Durch die Fassung des Gesetzes sind Forderungen, welche der retinierende Gläubiger nur durch Zession erworben hat, ausgeschlossen. Denn die zedierte Forderung kann niemals aus einem für Gläubiger (Zessionar) und Schuldner (Cessus) beiderseitigen Handelsgeschäfte entspringen, da diese beiden miteinander nicht kontrahieren, sondern nur Zedent und Cessus einerseits, Zedent und Zessionar andererseits; selbst dann nicht, wenn die (zedierte) Forderung auf seiten des Gläubigers (Zessionar) auf einem Handelsgeschäft beruht, und zugleich die Zession selber auf seiten des Zessionars Handelsgeschäft, insofern also auch die Forderung für ihn eine Handelsforderung ist: denn auch solche Forderung stammt nicht aus einem zwischen Gläubiger (Zessionar) und Schuldner (Cessus) geschlossenem Rechtsgeschäft, sondern aus zwei Rechtsgeschäften, von welchen das eine zwischen Zedent und Cessus, das zweite zwischen Zedent und Zessionar geschlossen ist.“ [3])

Thöl: „... Das Retentionsrecht entsteht also nur zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem ursprünglichen Schuldner. Demnach entsteht es nicht in folgenden zwei Fällen a) ... Ein Retentionsrecht entsteht ... nicht zur Sicherung einer zedierten oder vermittelst Rechtssatz und Richterspruch übergegangenen Forderung ...“ [4])

In gleichem Sinne wie Goldschmidt und Thöl äußern sich: von Hahn, Goldmann, Endemann (H.-R.), Anschütz und Völderndorff, Puchelt, Makower, Staub, Korn, Schlegelbergsr, Sievers, Planitz.

---

[3]) Goldschmidt, a. a. O., § 98, I., 3 (S. 1039).

[4]) Thöl, a. a. O., § 233, II, Ziff. 3, S. 715.

Anders Cosack: „Kann das Zurückbehaltungsrecht auch wegen einer Forderung ausgeübt werden, welche der jetzige Gläubiger durch Abtretung erworben hat? Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Frage zu verneinen: die Forderung soll aus einem Geschäfte entstehen, welches zwischen den (jetzigen) Parteien abgeschlossen ist. Indes, wollte man das Gesetz wortgetreu auslegen, so wäre ein Zurückbehaltungsrecht auch wegen einer Forderung unzulässig, die bereits gegen den Erblasser des jetzigen Schuldners, oder für den Erblasser des jetzigen Gläubigers begründet war, und das ist offenbar unmöglich. Somit ist eine freie Auslegung des Gesetzeswortlauts geboten, und diese führt dahin, daß zwischen ererbten, abgetretenen und ursprünglich erworbenen Forderungen nicht zu unterscheiden ist. Nur müssen auch die ursprünglichen Parteien Kaufleute und das die Forderung begründende Geschäft muß zwischen ihnen ein beiderseitiges Handelsgeschäft gewesen sein.[5])"

Düringer und Hachenburg: „Als zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossen sind auch diejenigen Geschäfte anzusehen, welche von dem Rechtsvorgänger des einen oder anderen geschlossen wurden. ... Es (das Retentionsrecht, d. V.) besteht auch für eine zedierte Forderung, falls letztere aus beiderseitigen Handelsgeschäften herrührt." [6])

Nach Laband [7]) gebietet sowohl der Gesetzeswortlaut, wie auch die Billigkeit den Anschluß aller zedierten Forderungen. Gegen diese Begründung wendet sich Wolff: [8]) nach ihm ist geeignet jede in ordnungsmäßigem Geschäftsverkehr auf den Gläubiger übergegangene, von diesem bona fide — nicht lediglich aus dem Grunde, weil er Deckung des Schuldners in den Händen hatte — erworbene Forderung.

Wiederum Karl Lehmann[9]) ist für den Ausschluß aller

[5]) Cosack, a. a. O., § 30.

[6]) Düringer und Hachenburg, a. a. O., Note IV, 2 a zu § 369.

[7]) Laband, a. a. O., S. 491.

[8]) Wolff, a. a. O., S. 268 ff.

[9]) Karl Lehmann, a. a. O., § 126, Nr. 6.

zedierten Forderungen: „Umgekehrt kann nicht durch Abtretung der Forderung eines Dritten an den Gläubiger, also ohne Mitwirkung [10]) des Schuldners, das Deckungsmittel gewonnen werden (RG. 18, S. 234). Denn damit würde man den Schuldner benachteiligen, weil dieser es nunmehr nicht in der Hand hätte, die Disposition über seine Vermögenswerte dem Geschäftsverkehr mit dem Gläubiger anzupassen."

Unserer Ansicht nach liegt dem Erfordernis „aus zwischen ihnen geschlossenen ... Handelsgeschäften" nur folgender Gedanke zugrunde: der Schuldner soll nicht durch willkürliches Ansichziehen einer Forderung die Sachen zu einem Deckungsmittel machen können.[11])

Dem ist in der Gesetzesfassung auch zweifellos Genüge geschehen. Durch sie ist jedoch sogar noch weit über das gesteckte Ziel hinausgeschossen worden. Denn dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber läßt sich durch keine noch so große Auslegungskunst wegleugnen, daß die nicht aus dem unmittelbaren handelsgeschäftlichen Verkehre des Gläubigers (bez. seines Erblassers: die Person des Erben ist vermögensrechtlich mit der Person des Erblassers gleichbedeutend) mit dem Schuldner entsprungenen Forderungen ausgeschlossen sind, somit alle von dem Gläubiger im Wege der Zession erworbenen Forderungen gegen den Schuldner.

Fortsetzung.

§ 5.

Da zeigt uns einen Ausweg aus der Not jene Äußerung der Redaktionskommission:[1]) Es könne auch nach der neuen Fassung des Gesetzes das Zurückbehaltungsrecht auf Grund

[10]) Vgl. Goldschmidt, § 94, Note 37: Die vielfach behauptete Unstatthaftigkeit (es war zuvor die Rede vom Retentionsrecht des Pfandgläubigers an dem Pfandobjekt wegen seiner anderweitigen, nicht direkt durch das Pfand gesicherten Forderung gegen den Verpfänder) wegen zedierter Forderungen kann weder ... noch auf die mangelnde Mitwirkung des Schuldners für den Erwerb dieser Forderung ... gestützt werden.

[11]) RG. 9, S. 54 ff.; Prot., S. 1346, 1350 bis 1352.

[1]) Prot., S. 1422.

zedierter Forderungen ausgeübt werden, wenn die Veranlassung zum Erwerbe der Forderung ein zwischen dem Zessionar und dem debitor cessus abgeschlossenes Handelsgeschäft war.

Man darf diese Äußerung nicht so wörtlich nehmen wie z. B. Laband, Korn, Makower u. a., sondern in ihr nur einen vorsichtigen (darum dunklen) Hinweis auf die Möglichkeiten einer Umgehung des Gesetzes finden, einer Umgehung gerade dort, wo das Gesetz kaufmännischer als der Kaufmann, ja unkaufmännisch ist.[2])

Der Umweg zur Erlangung des Retentionsrechts wegen bona fide durch Zession erworbener Forderungen führt über feindliches d. h. schuldnerisches Gebiet: nur mit Einwilligung des Schuldners kann ihn der Gläubiger beschreiten.

Beispiele lehren.

Wenn die Veranlassung zum „Erwerbe der Forderung" ein Auftrag des Sachengläubigers an den Sachenschuldner war, dahinlautend die dem X. gegen den Sachengläubiger zustehenden Forderungen aufzukaufen und sich zedieren zu lassen, so steht nach Ausführung des Auftrags dem Sachenschuldner das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gegen den Sachengläubiger zu wegen seines Anspruchs aus dem Auftrage. Praktisch bilden hier die Grundlage des Zurückbehaltungsrechts die zedierten Forderungen.

Ähnlich in folgendem Fall, wenn der Zessionar sich vom debitor cessus [3]) die Befriedigung wegen der zessionsweise erworbenen Forderungen ausdrücklich versprechen läßt [4]) so liegt ein zwischen ihnen geschlossenes beiderseitiges Handels-

---

[2]) Goldschmidt, a. a. O., S. 1041, sagt treffend: .... würde weder der Schuldner, noch dessen Gläubigerschaft durch die Gestattung der Retention für solche (tatsächlich oder aber juristisch) nur mittelbar erworbene Forderungen schlechthin benachteiligt werden, vielmehr kann es dem Schuldner und selbst dessen Gläubigerschaft unter Umständen vorteilhaft sein, daß die gegen ihn bestehenden Forderungen von solchen Personen erworben werden, welche Deckung in Händen haben, indem letztere, mit Rücksicht auf die Sicherheit, weiter kreditieren, der ursprüngliche ungedeckte Gläubiger aber zur Klage geschritten wäre.

[3]) Nicht aber braucht der Erbe vom Schuldner des Erblassers sich ein solches Versprechen geben zu lassen; s. § 4 am Ende.

[4]) Constitutum debiti proprii.

geschäft vor.[5]) Der so entstandene Anspruch ist ein solcher im Sinne des § 369.

Im Falle der Anweisung begründet deren Annahme ein abstraktes Schuldversprechen.[6]) Wenn also — neben einer Zession — der ursprüngliche Gläubiger (Zedent) dem neuen Gläubiger (Zessionar) eine schriftliche Anweisung auf den Schuldner (debitor cessus) gibt, dann entsteht durch die Annahme seitens des Schuldners eine neue Forderung, wegen der dem Anweisungsempfänger das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zusteht.[7]) [8])

Korn[9]) gibt diese Möglichkeit zu, sagt aber „sie sei praktisch ohne Bedeutung, da eine damit beabsichtigte Sicherstellung des Zessionars einfacher im Wege der Verpfändung erreicht würde, abgesehen von diesem Zwecke aber ein Grund, eine derartige, dem kaufmännischen Verkehre nicht geläufige Form der Forderungsübertragung zu verwenden, nur selten vorhanden sein wird". Korn läßt dabei außer acht, daß der Zessionar sich vielleicht noch gar nicht im Besitze von Sachen des Schuldners befindet, die dieser ihm verpfänden könnte, weiter, daß der Zessionar, der in laufender Geschäftsverbindung mit dem debitor cessus steht, eine sofortige Sicherheit vielleicht nicht haben will und auch nicht braucht, weil durch seine Hände fortwährend Sachen des Schuldners gehen.

Wie steht es in den Fällen des Schuldnerwechsels?

Der in § 414 BGB. behandelte Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer hat zum Inhalt die Verpflichtung des letzteren, dem Gläubiger zu leisten, was der Urschuldner schuldet, also die alte Schuld. Der Wert aber der Schuld bleibt, vom wirtschaftlichen Standpunkte angesehen, nicht der gleiche wie vorher, denn er hängt ab von der Person des Schuldners, der

---

[5]) Vorausgesetzt, daß Zessionar und Cessus Kaufleute sind und die Vermutung des § 344, Abs. 1, HGB., nicht widerlegt wird; dies gilt für alle die folgenden Fälle.

[6]) Vgl. Dernburg, § 238, III.

[7]) Laband, a. a. O., S. 491.

[8]) Dasselbe gilt im Falle des § 792, Abs. 2, 3 BGB., sowie für die kaufmännische Anweisung, siehe unten.

[9]) Korn, a. a. O., S. 57.

hierfür nicht nur als Vermögenssubjekt in Betracht kommt, sondern als ein mit menschlichen Eigenschaften und Fähigkeiten begabter Mensch; macht es doch einen großen Unterschied, einen Geschäftskundigen, ordentlichen, fleißigen, zahlungswilligen oder einen untauglichen, lässigen, böswilligen Schuldner zu haben; die Schuldänderung hat in § 418 BGB. beredten Ausdruck gefunden. Die neue Schuld unterliegt zweifellos dem Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers.

Ist der Schuldübernahmevertrag zwischen Urschuldner und Neuschuldner unter Beitritt des Gläubigers beschlossen worden, so wird gleichfalls nicht wegen der alten Forderung, wohl aber wegen der neuen Forderung aus dem dreiseitigen Vertrag zwischen Gläubiger, Urschuldner und Neuschuldner das Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers gegen den Neuschuldner begründet.

Tritt der Gläubiger dem Vertrage nicht bei, dann ist das Retentionsrecht ausgeschlossen, selbst wenn man den Vertrag zwischen Ur- und Neuschuldner als einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, des Gläubigers, ansieht. Denn der Vertrag zu Gunsten eines Dritten schließt nicht in sich ein zwischen dem Gläubiger und dem Neuschuldner geschlossenes Handelsgeschäft. Die Forderung des Gläubigers gegen den Neuschuldner entspricht demnach nicht dem gesetzlichen Erfordernisse.[10])

Wechsel, Schuldversprechen (§ 780 BGB.), Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB.) bieten weitere Möglichkeiten für den Erwerber einer abgetretenen Forderung, das Recht der §§ 369 ff. zu erlangen: er läßt sich vom debitor cessus einen Wechsel, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis in Höhe der Forderung geben. Wegen der Forderung aus diesen abstrakten Verträgen hat er das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gegen den Schuldner.

---

[10]) Thöl, a. a. O., § 233 II, Ziff. 3 b: „Der ursprüngliche Gläubiger erwirbt nicht ein Retentionsrecht gegen diejenige Person, auf welche die Schuld übergegangen ist, sei es mit oder ohne Befreiung des ursprünglichen Schuldners, also nicht gegen den Übernehmer der Schuld, auch nicht gegen denjenigen, welcher durch Fortführung der Firma Schuldner wird, auch nicht gegen den Erben des ursprünglichen Schuldners"; auch Goldschmidt, v. Hahn, Goldmann, Schlegelberger, Korn, Planitz.

Eine ganz andere Frage ist es, ob das Zurückbehaltungsrecht einem Kaufmann auch wegen der mittels Indossaments von einem Dritten erworbenen Forderungen aus Wechseln und anderen Ordrepapieren, sowie aus Inhaberpapieren gegen den aus diesen Papieren verpflichteten Kaufmann zusteht.

Mit Recht bejaht das Reichsgericht diese Frage für die Wechsel- und Ordrepapiere, und zwar mit folgender Begründung.[11])

„Darüber waltet kein Bedenken ob, daß die Forderung aus einem Wechsel oder aus einem anderen Ordrepapier in der Hand des dritten Inhabers nicht eine übergegangene Forderung eines früheren oder ersten Berechtigten aus einem für diesen begründeten Recht, sondern eine dem Inhaber unmittelbar aus den in dem Papiere enthaltenen Verpflichtungserklärungen erwachsen ist, bei welcher die Entstehung des Gläubigerrechts in seiner Person nur durch den Erwerb des Papieres vermittelt wird. Nun drückt sich Art. 313 allerdings nicht dahin aus, daß das Zurückbehaltungsrecht bei Forderungen ausgeschlossen sei, welche der Sachbesitzer lediglich aus dem Rechte eines anderen ableite, sondern dahin, daß für seine Geltung Forderungen aus zwischen dem Sachbesitzer und dem Sacheigentümer geschlossenen, beiderseitigen Handelsgeschäften vorausgesetzt sind. Bekanntlich herrschen darüber, wie man konstruktiv den Rechtseffekt der unmittelbaren Gebundenheit der Wechselzeichner bez. Aussteller von Ordrepapieren gegenüber allen sukzessiven Nehmern zu begründen hat, verschiedene Auffassungen. Sicherlich wäre es aber ein ebenso unbefriedigendes, wie dem Willen des Gesetzgebers fernliegendes Ergebnis, in engem Anschlusse an den Wortlaut des Gesetzes die Anwendung des Art. 313 auf durch Giro erworbene Forderungen davon abhängig zu machen, welche der Konstruktionen man für die zutreffende erachtet, und daher die Geltung des Zurückbehaltungsrechts zuzugeben, sofern man die Konstruktion der Vermittlung der Willensbildung durch lauter Wechsel- und Begebungsverträge der Wechselzeichner mit allen späteren Nehmern, zur Perfektion durch die Zwischen-

[11]) RG. 9, S. 45 ff.

männer gebracht, . . . billigt, die Geltung aber zu verwerfen, wenn man die Bindekraft schon in einem bloßen Kreationsakte oder einem einseitigen Versprechen . . . oder in einem — von einem Kontrahieren verschiedener — Sichobligieren zu Gunsten aller späteren Nehmer, nur vermittelt durch ein Geben an den unmittelbaren Nehmer . . . finden will. Läßt man aber die Frage, auf welchem Wege die Bindekraft der Willenserklärung und ihr Ergriffenwerden von der Herrschaft des Wechselerwerbers konstruktiv zu erklären ist, beiseite und ermittelt das nach Willen und Vorstellung der Beteiligten Wesentliche bei den rechtsgeschäftlichen Handlungen, durch welche das Recht aus dem Wechsel oder einem sonstigen Ordrepapiere für den dritten Nehmer entsteht, so ergibt sich, daß der Aussteller des Ordrepapiers, bez. der Wechselunterzeichner, mittelst der Ausstellung, bez. Unterzeichnung des Wechsels, erklärt, zu jedem legitimierten Inhaber der Urkunde in ein direktes Schuldverhältnis treten, denselben als seinen Gläubiger anerkennen zu wollen.“ [12])

Wenn aber angenommen wird, daß zwischen dem Indossatar eines Ordrepapiers und dem aus einem solchen Papiere Verpflichteten ein zwischen diesen beiden geschlossenes Geschäft im Sinne des § 369 vorliegt, so muß dies um so mehr beim Inhaberpapier im Verhältnis zwischen Erwerber und Aussteller des Papiers gelten.[13]) Aber auch hier gilt, wie in den übrigen vorher angeführten Fällen: es muß auf seiten des Gläubigers wie des Schuldners ein Handelsgeschäft vorliegen, d. h. für die letztgenannten beiden Fälle: das Papier muß vom Schuldner auf Grund eines Handelsgeschäfts ausgestellt oder giriert und der Erwerb des Papiers muß für den Gläubiger ein Handelsgeschäft gewesen sein.

Endlich möchte ich noch die Frage aufwerfen, wie es sich mit der Begründung des Zurückbehaltungsrechts verhält, wenn

---

[12]) Zustimmend ferner Thöl, a. a. O.; Goldschmidt, a. a. O., Note 39, 42; v. Hahn, a. a. O., § 5; Goldmann; Anschütz-Völderndorff, Ziff. 16; Puchelt-Förtsch, Anm. 3 c, S. 854; Makower, Lehmann-Ring; Lehmann; Endemann; Staub; Korn; Schlegelberger; Sievers.

[13]) Staub, Anm. 7; Hahn, § 6 zu Art. 313.

Gläubiger und Schuldner miteinander in Konto-Korrent-Verkehr stehen.

Durch das Wesen des Konto-Korrent-Vertrags als eines im voraus geschlossenen Schulderneuerungsvertrags ist m. E. die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts wegen der Einzelforderungen ausgeschlossen. Denn, mögen diese auch aus den zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäfte hervorgegangen sein, so gehen sie doch als solche sofort unter, um erst bei Saldoziehung und dann als bloßer Faktor im Saldo wieder aufzuerstehen.[14]) Wohl aber ist die Retention wegen des Anspruchs auf Zahlung des Saldos statthaft. Denn dieser steht ja dem Gläubiger aus dem beiderseitigen Handelsgeschäfte des Konto-Korrent-Vertrags zu.

Das Erfordernis „aus zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften" bringt, wie wir oben ausgeführt haben, die Notwendigkeit einer unmittelbaren Beziehung zwischen den Parteien zum Ausdruck -- und nur sie. Dem Worte „geschlossen" ist eine selbständige Bedeutung sicher nicht beizumessen; mit Makower erklären wir eine Auslegung, welche etwa dahin geht, daß nur, wenn die Forderung auf einem Vertrage beruht, ein Zurückbehaltungsrecht gegeben sei, für ungerechtfertigt. Bereits das ROHG.[15]) hat entschieden, daß die unter Kaufleuten in der beiderseitigen Erwartung, es werde

[14]) Eine andere Frage ist, ob ein wegen einer Einzelforderung bereits entstandenes Zurückbehaltungsrecht untergeht, oder auf die Saldoforderung übergeht, wenn die Einzelforderung später in die laufende Rechnung aufgenommen wird. M. E. gehört das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zu den in § 356, Abs. 1 HGB. nicht namentlich bezeichneten Sicherungsmitteln. (Wird eine Forderung, die ... in anderer Weise gesichert ist ...) Wird die so gesicherte Forderung in die laufende Rechnung aufgenommen — und das geschieht, wenn sie nicht ausdrücklich davon ausgeschlossen wird — so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken. Es bleibt also das Zurückbehaltungsrecht wegen der Einzelforderung bei Bestand, und zwar nur wegen eben dieser Forderung; diese bleibt insofern trotz der Aufnahme in die laufende Rechnung erhalten. Daher wäre es abwegig zu sagen, das Sicherungsmittel der Forderung übertrüge sich auf den Saldoanspruch.

[15]) ROHG., 10, S. 236.

ein Kaufvertrag zustande kommen, erfolgte Zusendung und Annahme von Waren, und das für den Fall der Nichteinigung zwischen ihnen entstehende Verhältnis als beiderseitiges zwischen ihnen geschlossenes Handelsgeschäft anzusehen ist. So wird auch vom Zurückbehaltungsrecht gedeckt die Schadenersatzforderung des Antragstellers im Falle des § 362, Abs. 2 HGB., falls der andere die Annahme des Antrags abgelehnt hat, ohne seine Sorgfalt hinsichtlich der Ware zu erfüllen.

Durch die Worte „zwischen ihnen geschlossen" wird auch nicht gefordert, daß der Vorgang des Kontrahierens sich zwischen den Retentionsparteien abgespielt hat: es kommt allein darauf an, wer unmittelbar aus dem Handelsgeschäft verpflichtet wird. Der ursprüngliche Schuldner ist der richtige Retentionsgegner; § 369 gibt ja selbst das Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Wertpapieren des „Schuldners". Häufig genug unterliegt der Haftung für eine Schuld nicht nur das Vermögen dessen, der die Schuld kontrahiert hat, sondern überdies das anderer Subjekte. Man hat hier vornehmlich zu denken an die teils beschränkte, teils unbeschränkte Haftung von Gesellschaftern oder Genossen für die Gesellschafts- bez. Genossenschaftsschulden. So sind „Schuldner" — natürlich vorausgesetzt, daß sie der Kaufmannseigenschaft nicht ermangeln — bei Gesellschaftsverbindlichkeiten

a) erstens: die offene Handelsgesellschaft; zweitens: deren Gesellschafter (§ 128 HGB.);

b) erstens: die Kommanditgesellschaft; zweitens: der oder die Komplementare, § 161 in Verbindung mit § 128 HGB; drittens: der oder die Kommanditisten (§§ 171 ff. HGB.);

c) erstens: Kommanditgesellschaft auf Aktien; zweitens: der oder die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 320 HGB.);

d) erstens: Aktiengesellschaft; zweitens: deren Aktionäre im Falle des § 217 HGB.;

e) erstens: eingetragene Genossenschaft m. b. H.; zweitens: deren Genossen, § 2, Nr. 3 des Ges.,

betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889.

f) eingetragene Genossenschaft m. u. H.; zweitens: deren Genossen, § 2, Nr. 1 des eben angezogenen Gesetzes, usw.

Die Gesellschaften und Genossenschaften haften dagegen nicht für die Schulden eines ihrer Glieder. Ausnahmen hiervon finden sich im ehelichen Güterrecht: wegen solcher Schulden eines Gemeinschafters, die das Gesetz für Gesamtgutsverbindlichkeiten erklärt, sind zu dem Gesamtgut gehörige Gegenstände zurückhaltbar.

Nicht hier ist die Frage nach der Rückhaltbarkeit hinsichtlich der Gruppe von Fällen zu erörtern, wo der Gegenstand mehreren zu Miteigentum oder zur gesamten Hand gehört, und die Mit- bez. Gesamtberechtigten nicht sämtlich „Schuldner" sind. Denn an dieser Stelle kommt es ja nur darauf an festzustellen, wer als Retentionsschuldner aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zu gelten hat.

§ 6.

b) Die Forderung selbst.

Aus den vorstehend charakterisierten Handelsgeschäften können Ansprüche verschiedener Art entstehen. Aber das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht deckt sie nicht alle. Nur auf forderungsrechtliche Ansprüche ist § 369 anwendbar; dingliche Ansprüche sind ausgeschlossen.

Wir ziehen aber den Kreis noch enger. Hierzu führt uns folgende Erwägung.

§ 371 HGB. sagt: „Der Gläubiger ist kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen."

Hiermit erschöpft sich m. E. der Inhalt des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

Der Name „Zurückbehaltungsrecht" scheint zwar darauf hinzudeuten, daß in dem kaufmännischen Zurückbehaltungs-

recht entweder neben oder in dem Befriedigungsrecht ein „Recht zur Zurückbehaltung" enthalten sei, und da unser BGB. ein solches Recht kennt, so liegt es nahe, anzunehmen, das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht sei — wenigstens soweit es Herausgabeverweigerungsrecht ist — in dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht mit enthalten. Dem ist aber nicht so. Das allgemeine Befriedigungsrecht, wie es noch im Brügger Schöffenspruch (anno 1477) zur Anwendung kam, ist aus dem Begriff der germanischen Haftung hervorgegangen, die zunächst Verpfändung der Person allein, im späteren Mittelalter Verpfändung der Person samt ihrer wirtschaftlichen Kraft bedeutete.[1]) An diesem Haftungsbegriff hielt der Kaufmann auch dann noch fest, als das römische Recht die deutschen Lande in seinen Besitz genommen hatte: So war denn und blieb kaufmännisches Recht, daß der K a u f m a n n für seine Schulden mit seiner Fahrnis, seinem k a u f m ä n n i s c h e n Vermögen haftet. Als man dann aber das Recht gesetzlich festlegte, hielt man den stylus Mercatorum, den „Kauffmann-Stylus" für ein Gemisch von Kompensations-, Retentions- und Pfandrecht;[2]) sein Ursprung war vergessen.

Der Württembergische, Frankfurter, der I. und II. Preußische Entwurf hatten nur den Fall eines bestehenden Pfandrechts im Auge und charakterisierten das an dem Pfandobjekt auch für eine andere als die Pfandforderung bestehende Recht als Pfandrecht; selbst der Rev. österreischiche Entwurf bezeichnete das Deckungsrecht als „gesetzliches Pfandrecht". Die Nürnberger Kommissionsmitglieder begnügten sich „mit der Aufstellung gewisser praktischer Grundsätze, ohne die schwierige theoretische Formulierung zu versuchen". Bei Beratung dieses Entwurfs sprach man von einem gesetzlichen Faustpfandrecht; [3]) der I. Nürnberger Entwurf hatte in Art. 262 „gesetzliches Pfandrecht". In der zweiten Lesung ging die Ansicht

[1]) Hierzu und zu den folgenden Ausführungen siehe Goldschmidt, §§ 95, 96, 97, 98 und Planitz, §§ 8,9.

[2]) WO. von Frankfurt a. M., 1666, § 19 (Siegel, Korp. jur. Camb., S. 385, Wiener W. von 1717, Art 44, österr. WO. von 1763, Art 43; Augsburger Ratsdekret vom 28. Februar 1682 (Siegel, a. a. O., S. 326).

[3]) Prot., S. 467.

durch, es sei ein „Retentionsrecht mit gewissen Wirkungen"; [4]) daher sagte der II. Nürnberger Entwurf, Art 294, „Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht)". Dieser Ausdruck ging in das a. HGB. (Art. 313) über.[5]) Diese Änderung in der Bezeichnung war aber nicht die Folge einer Gesetzesinhaltsänderung, sondern nur einer veränderten Auffassung vom Wesen des in § 313 ff. a. HGB. normierten Rechts. Es geht also fehl, wer aus der Wahl des Ausdrucks „Zurückbehaltungsrecht" die Absicht des Gesetzgebers herauslesen wollte, ein dem bürgerlichen Zurückbehaltungsrecht Wesenähnliches oder gar teilweise gleiches Recht zu schaffen. Insoweit versagen also für die Interpretation der §§ 369 ff. HGB. die Protokolle der Kommission zur Beratung eines a. HGB.

Allein an der Hand des Gesetzestextes haben wir jetzt die Fragen zu beantworten

1. Ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein durch Gewährung der Befriedigungsbefugnis erweitertes bürgerliches Zurückbehaltungsrecht, oder

2. ein (beschränktes) bürgerliches Zurückbehaltungsrecht u n d das alte kaufmännische Befriedigungsrecht?

Zu 1. Nach einer meines Erachtens zutreffenden Äußerung des Reichsgerichts ist gerade der Zweck des (gemeinrechtlichen — es trifft aber auch auf das des BGB. zu) Retentionsrechts den Gegner durch Vorenthaltung dessen, was dieser fordern darf, zu zwingen, dasjenige zu leisten, was er zu leisten verpflichtet ist. Das bürgerliche Zurückbehaltungsrecht ist also ein bloßes Nötigungs-Zwangsmittel. Wer also das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht als ein erweitertes bürgerliches Zurückbehaltungsrecht ansieht, verbindet das Zwangsmoment mit dem Befriedigungsmoment zu einer Einheit. Unserer Meinung nach sind aber der Zwangs- und der Befriedigungsgedanke voneinander wesensverschieden und ein jeder so stark, ein in sich abgeschlossenes Recht zu erzeugen. Ich lehne schon aus diesem Grunde die Auffassung ab, daß das kaufmännische Zurück-

---

[4]) Prot., S. 1349, 1355 ff.

[5]) Und in das neue Handelsgesetzbuch unter Weglassung des Klammerausdrucks.

behaltungsrecht nur ein erweitertes bürgerliches Zurückbehaltungsrecht sei.

Zu 2. Im § 369 heißt es: „Ein Kaufmann hat .... ein Zurückbehaltungsrecht", in § 371 HGB.: „Der Gläubiger ist kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande zu befriedigen." Hieraus könnte vielleicht jemand schließen, es wäre zunächst nur ein Zwangszurückbehaltungsrecht vorhanden, das der Gläubiger aber jederzeit kraft des Gesetzes § 371 in ein Sicherungsmittel verwandeln könne. Eine solche Auslegung legt aber zu wenig Wert auf die Worte „kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt". Diese besagen nämlich: nicht kraft eines besonderen Gesetzes, sondern kraft des in § 369 statuierten Zurückbehaltungsrechts soll der Gläubiger befugt sein, sich zu befriedigen. Wäre nun das Recht des § 369 ein bloßes Zwangsrecht nach Art des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts, das sich doch im Leistungsbez. Herausgabeverweigerungsrecht erschöpft, wie könnte dann § 371 aussprechen, daß kraft des Zurückbehaltungsrechts des § 369 der Gläubiger zur Befriedigung befugt sei. Wollten wir aber auch annehmen, dem Zurückbehaltungsrecht des § 369 wohne zufolge der Worte des § 371 (der Gläubiger — befugt) auch dieses Recht inne, dem Gläubiger die Befriedigungsbefugnis zu gewähren, so würden wir zu dem Ergebnis kommen: bereits durch den Zutritt des Befriedigungs g e d a n k e n s, nicht erst durch Ausübung der Befugnis, würde das Zwangszurückbehaltungsrecht, wenn § 369 ein solches statuierte, seines Zwangscharakters entkleidet werden.

So bleibt nur noch übrig, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht als ein reines Befriedigungsrecht anzusprechen. Das ist es auch.

Kehren wir jetzt zu dem Ausgangspunkte dieser Erörterungen zurück. Wir hatten gesagt, nur forderungsrechtliche Ansprüche würden durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gedeckt, und auch sie nicht einmal alle. § 371 HGB., Abs. 2, Satz 1, sagt nämlich: „Die Befriedigung erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs." § 1228, Abs. 2, S. 1 BGB. bestimmt nun: „Besteht der geschuldete Gegenstand nicht in Geld, so ist der Ver-

kauf (zu ergänzen: des Pfandes) erst zulässig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist", m. a. W. der Verkauf ist unzulässig, so lange die Forderung nicht in eine Geldforderung übergegangen ist. Wie, wenn die Forderung so geartet ist, daß sie niemals in eine Geldforderung übergehen kann? Dann ist nach § 1228 BGB. der Verkauf des Pfandes unzulässig. Diese Sätze, angewandt auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, ergeben: ist die Forderung aus den beiderseitigen Handelsgeschäften nicht eine Geldforderung und auch nicht so geartet, daß sie jemals in eine Geldforderung übergehen kann, so fehlt dem Gläubiger die Möglichkeit, von der ihm in § 371 HGB. gewährten Verkaufsbefugnis Gebrauch zu machen: durch den Hinweis in Abs. 2, Satz 1 dieses Paragraphen auf das BGB. ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auf die Fälle beschränkt, wo Geldforderungen oder Ansprüche, die sich in Geldforderungen verwandeln können, vorliegen. Denn mit der Entziehung der Befriedigungsmöglichkeit geht die Befriedigungsbefugnis, geht das kaufmännische Befriedigungsrecht, somit das g e s a m t e R e c h t, der §§ 369 ff. HGB. zugrunde. „Das kaufmännische Leben dient dem Erwerbe: nur aus dem geldwerten persönlichen Forderungsrecht erwächst dem Gläubiger mit der persönlichen Haftung eine Verhaftung nur des kaufmännischen Vermögens des Schuldners."[6])

[6]) Planitz, § 9, S. 65. Dagegen: von Hahn, § 4; Makower, III a; Linde, S. 33. Dafür: Staub, Anm. 9; Düringer-Hachenburg, IV, 2 c; Lehmann-Ring, Nr. 6; Karl Lehmann, Nr. 6 c. Schlegelberger, § 18, Abs. 2, entscheidet gleichfalls wie oben; seine Begründung endet: „Das Zurückbehaltungsrecht könnte in diesem Falle (nämlich, daß die Forderung nicht in eine Geldforderung übergehen könnte) nur ein Zwangsrecht sein, als solches wird es indessen vom HGB. ebensowenig anerkannt, wie vom BGB"; er weicht hier von seiner an einer früheren Stelle (§ 16) im engen Anschlusse an RG. 36, S. 39, ausgesprochenen Auffassung ab; er sagt dort: „Das dem Gläubiger in § 371 HGB. gewährte Recht sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen, ist nicht in dem Sinne begriffliches Element des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts, als dieses nur durch Geltendmachung jener Befugnis ausgeübt werden könnte, so daß etwa das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht inhaltlos würde, wenn der Gläubiger von der Befriedigungsbefugnis nicht Gebrauch machen könnte oder wollte. Es bleibt vielmehr, auch wenn das Befriedigungsrecht in Wegfall kommt, das Recht, zur Zurückbehaltung, zur einstweiligen Verweigerung der Leistung übrig."

Fälligkeit der Forderung.

§ 7.

Noch eine Bedingung hinsichtlich der Forderung ist aufgestellt: die Forderung muß fällig sein. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kommt überhaupt nicht zur Entstehung, bevor die Forderung fällig ist; denn sofort im Augenblicke der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts wird dem Schuldner das Recht der freien Disposition über seine bei dem Gläubiger befindlichen Sachen entzogen, nicht erst im Augenblicke der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch den Gläubiger. Wäre es anders, so würde ja vom Gläubiger dem Schuldner in einem Atemzuge gegeben und genommen; diesem würde kreditiert und gleichzeitig der Vorteil der Kreditierung genommen. Das Erfordernis der Fälligkeit für die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts [1]) hält das Zurückbehaltungsrecht in den durch seinen Zweck gegebenen Grenzen. Das Bedürfnis, mindestens aber das Verlangen des Gläubigers, eine Sicherung zu haben, ist erst in dem Zeitpunkte wohl begründet, wo der Schuldner zur Leistung verpflichtet ist,[2]) aber auch dann sofort: Verzug des Schuldners braucht nicht vorzuliegen.

Auch Liquidität der Forderung ist nicht nötig, nicht einmal für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts.

C. Die Deckung.

Der Deckung des Gläubigers dienen bewegliche Sachen und Wertpapiere des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen (des Gläubigers) Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheine oder Lagerscheine über sie verfügen kann;[3]) ausnahmsweise können die Zurückbehal-

[1]) Wie oben auch Makower, III e; dagegen genügt es, Goldschmidt, S. 1041, Puchelt-Förtsch, Anm. 3 c zu 313, Düringer-Hachenburg, IV, 2 b, Endemann, § 182, IV, S. 102, Staub, Anm. 8, Müller, S. 45, Korn, S. 49 ff., Planitz, S. 7, Sievers, a. a. O., S. 181, RG. 7, Nr. 114, daß die Forderung fällig ist zurzeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.

[2]) Anders im Falle des Notzurückbehaltungsrechts.

[3]) § 369, Abs. 1, Satz 1 HGB.

tungsobjekte im Eigentum des Gläubigers selbst stehen. Wir wenden uns zunächst den Deckungsobjekten zu.

§ 8.

a) Bewegliche Sachen und Wertpapiere.

Der österreichische Entwurf hatte sein gesetzliches Pfandrecht „auf Waren oder anderes bewegliches Vermögen" gegeben, der I. Nürnberger Entwurf das gesetzliche Pfandrecht an „allen beweglichen Vermögensstücken", der II. Nürnberger Entwurf und das a. HGB. ihr Zurückbehaltungsrecht (Retentionsrecht) „an allen beweglichen Sachen und Wertpapieren" des Schuldners. Das neue HGB. nahm diese Fassung an, nur anstatt des Wortes „alle", das zu Mißdeutungen Anlaß gegeben hatte, den bestimmten Artikel setzend.

Es stehen keine Bedenken entgegen, wenn wir bezüglich des Sachenbegriffs die Definition des § 90 BGB. annehmen: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände." Was das Gesetz unter „Gegenstand" verstanden wissen will, hat Sohm nachgewiesen: „Gegenstand im Rechtssinn ist nicht der Rechtsgegenstand als solcher, sondern was Gegenstand eines Verfügungsgeschäftes sein kann (der Verfügungsgegenstand)." „Die Gegenstände im Sinne des BGB. sind die Gegenstände des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs." [1]) Welche körperlichen Dinge Gegenstand des Verkehrs, insbesondere des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs sind, bestimmt die Verkehrsanschauung, doch darf durch sie nicht in den Kreis der verkehrsfähigen körperlichen Dinge aufgenommen werden, was nach bestehenden Gesetzen dem redlichen Verkehre entzogen ist.

Die Verkehrsanschauung ist es auch, die darüber entscheidet, was als einheitliche Sache zu gelten hat: „Was an körperlichen Dingen im Verkehr als einheitlicher Verfügungsgegenstand behandelt wird, ist eine Sache im Rechtssinne. Der körperliche Zusammenhang im naturwissenschaftlichen Sinne ist nicht notwendig und nicht genügend. Soviel Ver-

[1]) Sohm, a. a. O., § 3.

fügungsgegenstände im Verkehr, soviel Sachen im Rechtssinne.“ [2])

Hat also ein Kaufmann z. B. einige Fässer Wein zurückbehalten, und stellt es sich heraus, daß der Wein gefälscht ist, daher der Einziehung unterliegt, so bleiben dem Zurückhalter immer noch die Fässer als Deckungsobjekte. Denn Weinfaß und Wein sind je eine Sache.

Sachbestandteile sind nicht Sachen im Rechtssinne. Das Gleiche gilt für Sachinbegriffe; doch können ihre einzelnen Gegenstände geeignete Zurückbehaltungsobjekte abgeben.

Hinsichtlich des Wertpapierbegriffs in den Reichsgesetzen hat Jacobi m. E. zutreffend nachgewiesen, „daß überall, wo die Gesetze von Wertpapieren reden, den verschiedenartigsten Sorten von Urkunden doch die Eigenschaft übereinstimmend zukommt, daß ihr Besitz zur Ausübung des verbrieften Rechtes notwendig ist. Wenn die Gesetze mit dem Worte Wertpapier das eine Mal noch dieses, das andere Mal noch jenes andere Moment verbinden, so kann m. E. nur gefolgert werden, daß sie verschiedene Arten innerhalb des einen Begriffs der Wertpapiere kennen, und daß sie nur nicht jedes Mal angeben, welche Art von Wertpapieren sie im Auge haben.“[3])

Verbindet nun unser § 369 ein besonderes Moment mit dem Worte Wertpapier?

Unter dem Wertpapiere im Sinne des § 1 HGB. sind, der Denkschrift [4]) zufolge, nur solche zu verstehen, die „ihrer Natur nach, besonders vermöge leichter Übertragbarkeit und gesicherter Realisierbarkeit, als Gegenstände des Handelsverkehrs in Betracht kommen.“ Soweit hierdurch der Kreis der Wertpapiere auf solche Urkunden eingeschränkt ist, die selbständige Träger einer Forderung sind — wo das Forderungsrecht Nebenrecht des Eigentums am Papiere ist — lassen wir diese Einschränkung auch für die Wertpapiere des § 369 gelten; denn

---

[2]) Sohm bringt in seinem „Gegenstand“ ein Beispiel, das ich nicht unerwähnt lassen mag: ein Couponbogen ist keine einheitliche Sache, sondern eine Mehrheit von Sachen.

[3]) Jakobi, a. a. O.

[4]) Denkschrift 10.

den übrigen Urkunden wohnt ein selbständiger, realisierbarer Vermögenswert nicht inne; ein solcher ist aber gerade für die Objekte des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts erforderlich, da ja dieses Recht die Befriedigung des Zurückhalters bezweckt und diese nur durch Veräußerung der zurückbehaljenen Gegenstände herbeigeführt wird.[5]) Als geeignete Zurückbehaltungsobjekte sind demnach zu nennen, die auf den Inhaber gestellten und die durch Indossament übertragbaren Wertpapiere. Bereits die Zugehörigkeit zu einer dieser beiden großen Gruppen gibt dem einzelnen Wertpapiere die Eigenschaft, sich zur kaufmännischen Zurückbehaltung zu eignen; es entsteht also das Zurückbehaltungsrecht daran auch dann, wenn durch Sondertatbestand seine Verwertung ausgeschlossen ist;[6]) solchen Fällen begegnen wir bei Wertpapieren, die nur mit Zustimmung des verpflichteten, insbesondere der Gesellschaftsorgane einer verpflichteten Gesellschaft übertragen werden können.

Ablehnen muß ich dagegen, nur die Arten von Wertpapieren für rückhaltbar zu erklären, die eigens für den Handelsverkehr bestimmt sind, und mit Staub eine solche Einschränkung damit zu begründen, daß sie der kaufmännische Charakter des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts erfordere. Ebensowenig wie eine bewegliche Sache, die ihrer Art nach zu den „Waren" im Sinne von „Sachen, welche regelmäßig Handelsobjekte zu sein pflegen"[7]) gehört, um deswillen, daß über sie zwischen

---

[5]) Vgl. RG. 20, S. 135.

[6]) In sich widerspruchsvoll ist es, wenn RG. 36,9 sagt: „Insbesondere kann die Ausübung des erwähnten Verkaufsrechts nicht in dem Sinne als ein wesentlicher Bestandteil des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts angesehen werden, daß ein Zurückbehaltungsrecht immer nur dann anerkannt werden dürfte, wenn zuleich die Möglichkeit der Ausübung der in Art. 315 gewährten Befugnis unbedingt sichergestellt ist. Der Verkauf der zurückgehaltenen Gegenstände ist nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Gläubigers, und die Zurückbehaltung behält für letzteren ihren Wert auch abgesehen von der Verkaufsbefugnis, indem sie indirekt den Schuldner zwingt, behufs Wiedererlangung der Sache den Gläubiger zu befriedigen. Dieser letztere Gesichtspunkt kann freilich nicht dazu führen, ein Zurückbehaltungsrecht an nichtverkäuflichen reinen Beweisurkunden zuzulassen."

[7]) GO. I, 2, § 60, S. 529.

zwei Kaufleuten geschlossene Nichthandelsgeschäft zu einem Handelsgeschäfte macht, kann die Eigenschaft eines Wertpapiers, vornehmlich dem Handelsverkehre zu dienen, dem Rechtsgeschäft, als dessen Gegenstand das Wertpapier auftritt, oder einem Rechtsinstitut eine kaufmännische Färbung geben bez. die bereits vorhandene verstärken. Dann ist aber auch kein Grund vorhanden, diese Eigenschaft — für den Handelsverkehr bestimmt zu sein — von den Retentionsobjekten zu verlangen. Übrigens würde der von uns gezogene Kreis der rückhaltbaren Wertpapiere tatsächlich nicht durch das Staubsche Erfordernis kleiner werden; auch bei Staub selbst ist das Ergebnis nur eine begriffliche Einschränkung, da er gerade die Wertpapiere als für den Handelsverkehr bestimmt bezeichnet, — nämlich die auf Inhaber gestellten und die durch Indossament übertragbaren Wertpapiere —, welche schon deshalb, weil sie selbständige Träger eines Forderungsrechts sind, zurückbehalten werden können.

Ein kaufmännisches Moment würde aber dann hineingetragen, wenn man verlangt, daß das Retentionsobjekt im konkreten Falle für den Schuldner ein Handelsobjekt ist. Ein solcher Erfordernis ist aber weder im jetzigen, noch in einem früheren Handelsrechte aufgestellt worden, auch dort nicht, wo ausdrücklich Zurückbehaltung nur an Stücken des kaufmännischen Vermögens des Schuldners gewährt ist; denn dieses „kaufmännische Vermögen" ist unseres Erachtens zu definieren als das Vermögen eines Kaufmanns, das für dessen Geschäftsschulden haftet.

Eine Vorschrift, die ein bestimmtes Verhältnis des Wertes der Forderung zum Werte der Zurückbehaltungsgegenstände fordert, gibt das Gesetz nicht, wenigstens nicht ausdrücklich. Eine solche ergibt sich aber aus dem Inhalt des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts als eines einheitlichen, nicht in Herausgabeverweigerungs- und Befriedigungsbefugnis zerfallenden Befriedigungsrechtes: ist der Gläubiger nur befugt, sich zu befriedigen, so unterliegt dem Zurückbehaltungsrecht von all' den im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen des Schuldners nur soviel, als zur Befriedigung des Gläubigers voraussichtlich erforderlich ist. Dieses Ergebnis kann nicht aus den Sätzen

von Treu und Glauben hergeleitet werden. Denn diese können nicht gegen die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts an den zur Befriedigung nicht mehr erforderlichen Sachen, sondern nur gegen die Befriedigung ins Treffen geführt werden. Andernfalls dürfte das gesetzliche Pfandrecht auch nur soviel der im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen erfassen, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist — während es in Wirklichkeit sich auf alle Sachen erstreckt und nur die Verkaufsbefugnis beschränkt ist. BGB. §§ 1222, 1230, Satz 2, 1243, Abs. 1, 1282, Abs. 1, Satz 1, 1257. Man könnte versucht sein, zu denken: was für das Pfandrecht, zumal das gesetzliche, recht ist, ist für das — ihm in mancherlei Hinsicht ähnliche — kaufmännische Zurückbehaltungsrecht billig. Dem stimmen wir nicht zu, vielmehr, sagen wir, hätte das Gesetz eine solche Bestimmung für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich treffen müssen; aber eine solche fehlt und mit Recht, denn sie wäre zweckwidrig. Nur Makower[8]) nimmt das Vorhandensein einer solchen an, indem er liest: ein Kaufmann hat .... ein Zurückbehaltungsrecht an allen („den") beweglichen Sachen und Wertpapieren. Statt aber nun jegliche Beschränkung des Rechts des Zurückhalters abzulehnen, vermeidet er dies unbefriedigende Ergebnis, und zwar dadurch, daß er — gleich Düringer-Hachenburg ein Anhänger der Lehre von der doppelten Funktion des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts: kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht = Herausgabeverweigerungsrecht + Befriedigungsrecht — das Befriedigungsrecht auf Grund der §§ 1230, Satz 2, 1243, Abs. 1, 1282, Abs. 1, Satz 2 BGB., § 371, Abs. 2 HGB. sich nur „auf Gegenstände, deren Wert die Forderung zu decken geeignet ist" erstrecken läßt, während er bez. des Herausgabeverweigerungsrechts erklärt: „man wird anzunehmen haben, daß an sich keine derartige Beschränkung der Rechte besteht ..."; „indessen wird dem Schuldner das Recht zuzugestehen sein, zu verlangen, daß der Rückhalter sein Zurückbehaltungsrecht (soll wohl heißen Herausgabeverweigerungsrecht) insoweit aufgebe, wie der Wert der zurück-

[8]) Anm. IV., 5 zu § 369.

behaltenen Gegenstände den Wert der Forderung übersteigt." Das Herausgabeverweigerungsrecht kommt also nach Makower voll zur Entstehung. Auf welchen Rechtssatz der Schuldner sein Verlangen stützen soll, sagt Makower nicht, wohl auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Dieser versagt aber in dem Stadium der Herausgabeverweigerung, wie wir oben schon kurz dargelegt haben.

§ 9.

b) Eigentum an den Zurückbehaltungsgegenständen.

Der Befriedigung wegen einer Forderung dienend, beschränkt sich das Zurückbehaltungsrecht natürlich auf Sachen des Forderungsschuldners. Nach Schlegelberger[1]) kommt es in den Fällen, wo die Sache nicht dem Schuldner allein gehört, darauf an, ob ihm ein Verfügungsrecht zusteht: „So hat kein Zurückbehaltungsrecht der Privatgläubiger eines Gesellschafters an einer zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sache (§ 719 BGB.), während der Gläubiger eines in Gütergemeinschaft verheirateten Kaufmanns zum Gesamtgut gehörige Sachen zurückbehalten kann (§ 1443 BGB.)". Obwohl wir in den Hauptfällen zu dem gleichen Ergebnis wie Schlegelberger gelangen, wollen wir gegen ihn scharf unsern Standpunkt betonen, daß es allein darauf ankommt, ob der Schuldner Eigentümer, ich kann auch sagen, der Eigentümer Schuldner ist. Daher ist in jedem einzelnen Falle festzustellen, wer Eigentümer und wer Schuldner ist. Steht nun das Eigentum einer Gemeinschaft zur gesamten Hand zu, und haftet weder diese, noch als Privatschuldner jeder der Gesamtberechtigten, so fehlt es an dem gesetzlichen Erfordernisse des Zusammentreffens von Eigentümer- und Schuldnerschaft. Vorhanden ist dieses Erfordernis — das mag hier ausdrücklich gesagt sein — wo es sich um Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1459 BGB.) handelt: wegen solcher haben Mann und Frau als (Gesamtguts-) Schuldner zu gelten. Bei dem wesensverschiedenen Miteigentum ist da-

[1]) Schlegelberger, a. a. O., S. 198.

gegen Schuldnerschaft der übrigen Mitberechtigten nicht zur Zurückbehaltung erforderlich.

Aber auch über die Fälle der Rechtsgemeinschaft hinausgehend, will Schlegelberger ganz allgemein statt des Erfordernisses der Eigentümerschaft ein solches des Verfügungsrechts über die Sache genügend sein lassen.[2]) Er sagt nämlich: „Sachen dritter Personen dürfen insoweit zurückbehalten werden, als der Dritte oder das Gesetz dem Schuldner ein Verfügungsrecht einräumt und dieser von demselben Gebrauch macht." Daß eine solche Auslegung dem Gesetze widerspricht, ersieht man daraus, daß in § 369, Abs. 1, Satz 2, die Fälle scharf umgrenzt sind, in denen das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an Sachen eines Dritten gestattet sein soll. Die angezogene Gesetzesstelle lautet: „Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigentum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen, oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist." Danach ist der einzige „Dritte", an dessen Sachen der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht überhaupt haben kann, dieser selbst. Und auch er hat das Recht nur, wenn ihm das Eigentum an dem Retentionsgegenstand gerade von Schuldnerseite her übertragen worden war. Nicht erforderlich ist, daß die Eigentumsübertragung bereits mit der Verpflichtung der späteren Rückgabe verknüpft war; aber so lange der Anspruch auf Rückübertragung nicht entstanden ist, wird kein Zurückbehaltungsrecht begründet. Denn nur für solche Fälle, wo der Schuldner wenigstens wirtschaftlich das Eigentum hat, also e r vom Zurückbehaltungsrecht betroffen wird, ist die Ausnahmebestimmung aufgestellt. Ja, die Grenzen sind noch enger gezogen: dem

[2]) Vgl. GO. I, 2, § 98, I, 2 a (S. 1034 ff.): „... an beweglichen Sachen und Wertpapieren, welche ... dem Schuldner eigentümlich gehören oder dessen rechtlicher Verfügung unterworfen sind — an anderen nur da, wo der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" oder ein ähnlicher auch für diesen Fall, oder doch für gesetzliche Pfandrechte allgemein anerkannt ist, und dessen Voraussetzungen vorliegen." — Endemann, § 182 B, 2, S. 103: „Die Sachen oder Wertpapiere müssen dem Schuldner eigentümlich oder wenigstens so, daß er darüber rechtlich verfügen kann, gehören."

Schuldner müssen schon vor dem Zeitpunkt der Eigentumsübertragung die Sachen rechtlich oder doch wirtschaftlich gehört haben: so daß ihre Zugehörigkeit zum Vermögen des Gläubigers nur als eine kleine Episode erscheint, als eine nur vorübergehende Unterbrechung ihrer Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen. Oder warum verlangt das Gesetz, daß der Gläubiger die Sache gerade vom Schuldner erworben hat! — Aus dieser unserer Auffassung ergibt sich auch unsere Antwort auf die Frage, wie die Worte „von einem Dritten für den Schuldner" zu verstehen sind: sie sollen bedeuten „im Auftrage des Schuldners", oder auch „für Rechnung des Schuldners". Der Zweck der Vorschrift ist, zu vermeiden, daß der Schuldner erst auf sich das Eigentum von dem Dritten übertragen lassen muß, um es sodann dem Gläubiger, dem er dazu verpflichtet ist, weiter übertragen zu können. Also Zeit- und Kostenersparnis für den Kaufmann!!

Wenn Makower gegen die Auslegung für Rechnung oder im Auftrage des Schuldners, einwendet: es sei „nicht abzusehen, was dem Gläubiger das zwischen dem dritten Eigentumsüberträger und dem Schuldner bestehende Verrechnungsverhältnis angehen sollte, zumal ihm gegenüber dies Verrechnungsverhältnis gar nicht in die Erscheinung zu treten braucht", so ist darauf zu erwidern: der Gläubiger hat nach unserer Auffassung wohl ein Interesse, zu erfahren — nicht welches, sondern — daß zwischen Dritten und Schuldner ein bestimmtes Verhältnis besteht; er muß doch Gewißheit darüber erlangen, welche causa dem Verfügungsgeschäfte zugrunde liegt.

Von den eben berührten Ausnahmen abgesehen, obwohl in ihnen doch auch Eigentum des Schuldners — allerdings nur in wirtschaftlichem Sinne — verlangt wird, ist die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts davon abhängig, daß der Schuldner das Eigentum im Rechtssinne an den Gegenständen hat. Er muß es tatsächlich haben: auf die objektive Rechtslage kommt es allein an. Der gute Glaube daran, daß der Schuldner Eigentümer sei, während er es doch nicht ist, nützt dem Gläubiger nichts.[3]) Die Bestimmungen

[3]) Siehe RG. 13, S. 127, 129. Vgl. Anm. 2, S. 33.

des § 366 HGB. sind über das vertragsmäßige Pfandrecht und die dort aufgezählten gesetzlichen Pfandrechte hinaus nicht zu erstrecken,[4]) auch nicht, wenn der Schuldner die Sache dem Gläubiger gegenüber arglistigerweise als ihm, dem Schuldner, gehörig, ausgegeben hatte; nur steht s e i n e m Rückforderungsanspruch die Einrede der Arglist entgegen.[5]) Das Gleiche gilt für § 8 des Depotgesetzes:[6]) [7]) Das Unterlassen der Mitteilung des Lokalbankiers (Schuldners) an den Zentralbankier (Gläubiger), daß die übersandten Wertpapiere fremde seien, eröffnet also nicht diesem trotz nicht fahrlässiger Gutgläubigkeit den Weg zum Zurückbehaltungsrecht, wenn die Wertpapiere einem Dritten gehören. Andererseits genügt nicht die erwähnte Mitteilung (des § 8, Abs. 1, Satz 1, des Depotgesetzes), wenn ihrem Inhalt die tatsächliche Rechtslage widerspricht.

Die Zugehörigkeit der Sache zum Vermögen des Schuldners ist eine der Voraussetzungen, deren erstmaliges, gleichzeitiges Zusammentreffen die Entstehung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts bedeutet, m. a. W.: war der Schuldner in dem Augenblicke, in dem die übrigen Voraussetzungen erstmalig vorlagen, Eigentümer der Sache, so ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht entstanden.[8])

Die Entstehung wird nicht verhindert dadurch, daß die Sache mit dinglichen Rechten, oder auch selbst mit einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte eines Dritten bereits belastet ist, mag der Zurückbehaltungsgläubiger hiervon Kenntnis gehabt haben oder nicht; jedoch gehen die Rechte des

---

[4]) So Thöl, Goldschmidt, Puchelt, Anschütz u. Völderndorff, Laband, von Hahn, Goldmann, Makower, Staub, Endemann, Cosack, Gareis, Korn, Schlegelberger.

[5]) S. hierzu: Korn, a. a. O., S. 127, 129; Staub, § 369 HGB., Anm. 24 am Ende; ROHG. 18, 22.

[6]) Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896.

[7]) So Riesser, Das Bankdepotgesetz. Berlin 1897, S. 45, 77; Schlegelberger, S. 199 ff.; Staub, Anm. 21.

[8]) Nach Endemann, § 182 B, 2, S. 103, muß die Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen vorliegen „zur Zeit der Besitzergreifung des Gläubigers"; „Fortdauer des Rechts des Schuldners ist nicht nötig".

Dritten dem jüngeren kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte vor.[9]) „Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.“[10]) Hat aber ein Eigentümerwechsel oder eine Belastung nach der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts stattgefunden, hat etwa der unmittelbare Besitzer, z. B. der Schiffer, oder der Depositar, oder der Frachtführer seinerseits aus eigenem Rechte ein gesetzliches Pfandrecht oder ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, so wird dadurch das Fortbestehen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts in keiner Weise berührt;[11]) bloß hinsichtlich der zur Befriedigung erforderlichen Handlungen ist festgesetzt, daß sie dem neuen Eigentümer gegenüber vorzunehmen sind, sofern der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigentümer ist.[12]) Der Eigentumswechsel vernichtet aber das Zurückbehaltungsrecht, wenn der Gläubiger dem Erwerber den körperlichen Besitz der Sache auf Grund der Veräußerung überlassen hat.[13])

§ 10.

c) Der Zurückbehaltungsbesitz.

Das Zurückbehalten hat zur natürlichen Voraussetzung das Haben der Sache. Das Zurückbehaltungsrecht ergreift nur diejenigen Sachen des Schuldners, die sich im Besitze des

[9]) Makower, IV, B 1, Abs. 4, zu 369.

[10]) § 369, Abs. 2.

[11]) Staub, Anm. 22, RG. 12, S. 79 ff., GO. I, 2, § 98, II, am Schluß (S. 1052) „nur muß der Retentionsberechtigte etwaige ältere oder privilegierte, oder durch seinen Besitzerwerb nicht schon an sich erloschene Pfandrechte ohne Rücksicht auf seine Kenntnis von denselben wider sich gelten lassen, soweit nicht nach Landesrecht der Grundsatz „Hand muß Hand wahren“ oder ein ähnlicher auch zu Gunsten des gesetzlichen Pfandgläubigers schlechthin durchgreift. Soweit es hiernach auf das Alter des dem Gläubiger zustehenden gesetzlichen Pfandrechts ankommt, datiert dasselbe von dem Augenblicke, in welchem die sämtlichen Voraussetzungen des Retentionsrechts vorlagen.“

[12]) § 372 HGB.

[13]) Vgl. § 936 BGB.

Gläubigers befinden, aber es „haftet“,[1]) der Schuldner für seine Schulden auch mit dem übrigen Vermögen. Daß gerade die im Besitze des Gläubigers befindlichen Vermögensstücke einem besonderen Rechte unterliegen, entspricht dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl und einem praktischen Bedürfnis: wäre es nicht unbillig, dem, der über die Sachen die Herrschaftsgewalt bereits hat, diese zu nehmen unter Vertröstung auf die Zwangsvollstreckung nach den Regeln des 8. Buches der Zivilprozeßordnung; das wäre ein schlechter Tausch. Und bedeutete nicht solches Verfahren eine unnötige Kosten- und Zeitverschwendung?

Wird sonach das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht aus der äußeren Gewalt des Gläubigers über die Sache gerechtfertigt, so ist noch, um zu bestimmen wie das Besitzverhältnis beschaffen sein muß, das Ziel des Zurückbehaltungsrechts zu bedenken; die zwecks Befriedigung erfolgende Veräußerung. Dieses bedenkend, stellen wir den Satz auf: erforderlich und genügend ist solcher Besitz, daß die Übergabe an den Erwerber möglich ist. Daß auch eine andere als die körperliche Innehabung hinreichend ist, sagt das Gesetz selbst deutlich, wenn es als Besitzfall anführt, daß der Retentionsgläubiger mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins über den Zurückbehaltungsgegenstand verfügen kann. Für die verschiedenen Arten des Besitzes gilt somit folgendes:

Der unmittelbare Besitz des Gläubigers genügt immer, der mittelbare in den Fällen, wo der Schuldner nicht unmittelbarer Besitzer ist,[2]) der Mitbesitz dann nicht, wenn der Schuldner unmittelbaren Mitbesitz behält, wenn er über die Gegenstände eine tatsächliche Gewalt hat, der die Gewalt des Treuhänders höchstens gleichwertig ist. Deshalb teile ich nicht Schlegelbergers Ansicht, daß der Bankier ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an den Wertpapieren seines Kunden haben könne, „die er in seiner Stahlkammer derart in Verschluß nahm, daß er sowohl wie der Kunde einen Schlüssel hat und die Kammer sich nur von beiden gemeinsam öffnen läßt“.[3])

---

[1]) Vgl. oben § 6, S. 22.

[2]) So auch Makower, IV e, 1, zu 369, Schlegelberger, a. a. O., S. 202 ff., ROHG. 10, Nr. 33.

[3]) Schlegelberger, a. a. O. S. 203.

Ob Eigen- oder Fremd-Besitz vorliegt, macht keinen Unterschied.[4])

Hinsichtlich des vom Gesetz beispielsweise angeführten Besitzes mittels eines Verfügungspapieres ist zu sagen, daß ein mittelbarer Besitz an den Sachen nur besteht, wenn der Gläubiger im unmittelbaren Besitz des Papieres und aus diesem berechtigt ist, und endlich die Sachen tatsächlich für ihn besessen werden. Wenn also z. B. die Verfügungsmacht (mittels des Papieres über die Ware) hinfällig geworden ist dadurch, daß dem Besitzmittler die Sachen gestohlen wurden, so kann kein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen, sondern nur an dem Papiere als einem Wertpapiere entstehen.

Ungenügend ist Besitzdienerschaft des Gläubigers, mag Besitzherr auch ein anderer als der Schuldner sein. Denn das Gesetz verlangt, daß der Gläubiger den „Besitz" der Sachen hat; Besitzdienerschaft ist aber kein Besitzfall. Der Besitzdiener oder Besitzhalter hat eben eine viel zu kleine Gewalt; er besitzt die Sachen nur solange und in dem Umfange, als es dem Besitzherrn beliebt; ihm fehlt die Kraft, sich durchzusetzen.

Fortsetzung.

§ 11.

Der Erwerb des Zurückbehaltungs-Besitzes.

Auch schon der Besitzerwerb ist unter bestimmte Regeln gestellt.

Wir haben schon früher hervorgehoben, daß gerade der Handelsverkehr eines Deckungsrechtes nicht entraten kann. Hat man nun eine so schneidige Waffe, wie sie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht darstellt, dem Kaufmann in die Hand gegeben, so soll sie wenigstens nur im Gebiete des Handelsverkehrs geführt werden dürfen. Aus diesem Gedanken

[4]) So Makower, IV e, 1. — Macht der unmittelbar besitzende Dritte seinerseits ein Zurückbehaltungsrecht oder ein gesetzliches Pfandrecht an den Sachen geltend, so wird dadurch allein nicht dem Gläubiger der mittelbare Besitz entzogen.

heraus ist die Beschränkung der Zurückbehaltungsobjekte auf solche, die auf Grund von Handelsgeschäften [1]) in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, gefordert und in zweiter Lesung beschlossen worden — in Abänderung der in erster Lesung mit Erfolg verteidigten Bestimmungen des rev. österreichischen Entwurfs § 50 und des I. Nürnberger Entwurfs Art. 262, die das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gaben, wenn der Besitz „durch Handelsaufträge oder auf andere rechtmäßige Weise" erworben war. Die neuere Fassung hatte zunächst „auf Grund eines Handelsgeschäfts"[2]) gelautet; die Mehrzahlform wurde später nicht aus sachlichen Erwägungen, sondern aus Gründen des Wohllauts gewählt. Aus dem früheren Wortlaut läßt sich ebenso wenig wie aus dem jetzigen mit Gewißheit die Frage beantworten, für wen das dem Besitzwechsel zugrunde liegende Rechtsgeschäft ein Handelsgeschäft sein muß. Aus dieser Fragestellung ergibt sich, daß wir das Erfordernis eines beiderseitigen, oder gar eines zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäfts nicht annehmen. Wir verhalten uns deswegen hierzu ablehnend, weil ein solches Erfordernis unserer Meinung nach sonst vom Gesetzgeber ausdrücklich betont worden wäre, wie das hinsichtlich des Ursprungs der zur Zurückbehaltung berechtigenden Forderung geschehen ist. Gehen wir auf den Grundgedanken der Bestimmung zurück, so müssen wir sagen, daß mit ihm am meisten in Einklang steht die Auffassung, wonach für den Gläubiger das Geschäft ein Handelsgeschäft sein muß. Doch läßt sich mit ihm auch die Stellungnahme Schlegelbergers vereinbaren: es genüge in solchen Fällen, wo der Gläubiger unmittelbar vom Schuldner den Besitz erwarb, daß auf seiten des Schuldners ein Handelsgeschäft vorliegt.[3]) Aber

---

[1]) Vgl. Prot., S. 458 bis 469.

[2]) Das Erfordernis eines „beiderseitigen Handelsgeschäfts" stellt wohl nur Thöl auf.

[3]) So verstehe ich den von Schlegelberger a. a. O., S. 206, 207 hervorgehobenen Fall: „... daß der Besitz auf ein zwischen den Parteien vorgenommenes Rechtsgeschäft zurückzuführen und dieses auf seiten des Schuldners Handelsgeschäft ist." — Trotz des von ihm angeführten einzigen Bei-

hier muß das Geschäft wenigstens gegenüber dem Gläubiger im Hinblick auf dessen Kaufmannseigenschaft vorgenommen worden sein, oder genauer: zu seinem Handelsgewerbe in Beziehung stehen. Darin schließen wir uns Schlegelberger an.[4]) Sicherlich reicht bei nicht unmittelbarem Verkehr zwischen Gläubiger und Schuldner es keineswegs aus, wenn die Besitzentäußerung an den Dritten (der Schuldner überließ den Gegenstand dem Dritten, dieser dem Gläubiger) auf einem Handelsgeschäft des Schuldners oder gar nur des Dritten beruht; ebensowenig wenn das dem Besitzerwerb des Gläubigers vom Dritten zugrunde liegende Rechtsgeschäft nur für den Dritten ein Handelsgeschäft ist.

Wenn man hört: Besitzerlangung auf Grund eines Handelsgeschäfts, wird man mit Recht in erster Linie denken an handelsgeschäftlichen Besitzerwerb seitens des Zurückbehaltungsgläubigers in Beziehung auf eine Sache, die er bisher nicht besessen hat. Wie nun da, wo der Gläubiger längst schon den Besitz hat, einen Besitz, erworben, ohne daß das gesetzliche Erfordernis hinsichtlich seines Erwerbs erfüllt ist, und Gläubiger und Schuldner schließen nunmehr miteinander (oder Gläubiger und Dritter, dieser mit Willen des Schuldners) ein Rechtsgeschäft, welches — nehmen wir unseren Regelfall — für den Gläubiger ein Handelsgeschäft ist?

Beachten wir, daß der Gläubiger nach dem Gesetze das Zurückbehaltungsrecht an Sachen usw. des Schuldners hat, „welche ... in seinen B e s i t z gelangt sind, sofern er sie noch im B e s i t z e hat", so ist allerdings die Möglichkeit der Veränderung des Besitzgrundes in der Zeit nach der Besitz e r l a n g u n g bis zum Augenblicke der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts (wo der Gläubiger die Sache noch i m B e s i t z e h a b e n muß) vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich erwähnt; andererseits aber ergibt sich, daß d a s zwischen Gläubiger und Schuldner z u r Z e i t d e r E n t s t e h u n g

spiels (RG. 19, S. 123 ff.) wäre es nicht ganz unmöglich, daß Schlegelberger noch einen weiteren Kreis von Fällen im Auge hat. — Wie Schlegelberger: Staub, Anm. 26. — Goldschmidt fordert anscheinend mindestens Handelsgeschäft auf seiten des Erwerbers, a. a. O., § 98, I, 2 d.

[4]) Vgl. auch Karl Lehmann, § 126, 7 d.

des Zurückbehaltungsrechts bestehende Besitzverhältnis es ist, das hinsichtlich seiner Begründung dem gedachten Erfordernisse zu entsprechen hat. Und das ist von Wesenheit. Denn wenn es allein auf den Zeitpunkt der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts ankommt, so liegt ja in dem von uns zur Erörterung gestellten Falle zu diesem Zeitpunkte eine Besitzbegründung vor, wie sie der Gesetzgeber verlangt.

Man darf sich wohl fragen, ob der im Gesetzestext enthaltene Ausdruck „welche ... in seinen Besitz gelangt sind" nicht so sehr auf die Begründung des Besitzes, als vielmehr auf die Innehabung, das Besitzen (zur Zeit der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts) absieht. Wir meinen, daß nur die Besitzerwerbshandlung getroffen werden sollte. Damit verneinen wir aber nicht die Notwendigkeit, das Zurückbehaltungsrecht an einen Besitz zu knüpfen, den der Gläubiger mit Willen des Schuldners und auf Grund von Handelsgeschäften inne hat.[5]) Wir wollen also dem Gläubiger nicht gestatten, den — regelrecht erlangten — Besitz zum Zwecke der Gewinnung des Zurückbehaltungsrechts dann noch zu behalten, nachdem der Schuldner berechtigterweise Herausgabe verlangt hat;[6]) eine derartige Handlungsweise des Gläubigers verstieße gegen Treu und Glauben, und es wäre unvereinbar mit dem Gedanken der Billigkeit, aus dem heraus doch gerade unser Rechtsinstitut geboren ist, hätte der Gläubiger es in der Hand, durch Verweigerung geschuldeter Herausgabe der Sache die Entstehung des Zurückbehaltungsrechts gleichsam künstlich herbeizuführen; das eben träte ein, wenn wir den Besitz als geeignet, ein Zurückbehaltungsrecht daran zu knüpfen, anerkennen wollten, den der Gläubiger gegen den Willen des Schuldners innehat.

Der Gesetzestext selbst spricht aber, wie schon gesagt, nur aus, daß der Erwerb der Zurückbehaltungsgegenstände auf Grund von Handelsgeschäften und mit Willen des Schuldners erfolgt sein muß. Das erstere dieser beiden Erfordernisse haben

[5]) Vgl. Planitz, a. a. O., § 3, S. 13, auch Anm. 49 dort.

[6]) Anders, wenn nach Entstehung des Zurückbehaltungsrechts der Schuldner Herausgabe verlangt.

wir vorhin bereits besprochen. Zum Zwecke der Erläuterung des anderen wollen wir der neuen Fassung die des I. Nürnberger Entwurfs gegenüberstellen. Dessen Art. 262 gewährte das Zurückbehaltungsrecht nur dann, wenn die Sache „mit Wissen und Willen des Schuldners" in den Besitz des Gläubigers gekommen war; hiernach mußte der Schuldner Kenntnis von der Überlassung des Besitzes gerade an den Gläubiger gehabt und darauf seinen ausdrücklichen oder durch Stillschweigen geäußerten Willen gerichtet haben. Heute genügt es, wenn der Besitzerwerb durch den Gläubiger nicht gegen den Willen des Schuldners erfolgt ist, sei es gegen dessen ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen. Dahin geht auch die in der Literatur und Praxis allgemein vertretene Ansicht. Ist einmal eine entgegenstehende Willenserklärung abgegeben, so kommt es auf die Unkenntnis des Gläubigers hiervon nicht an. Härten für den Gläubiger sind dabei unvermeidlich. Das zur Erörterung stehende Erfordernis bezweckt eben, den Schuldner vor Schikanen und Störungen in seinem Geschäftsbetrieb zu bewahren. Es mag häufig zweifelhaft sein, ob ein entgegengesetzter Wille vorliegt, dies besonders im Falle einer stillschweigenden Willenserklärung. Keine Schwierigkeit macht die Entscheidung jedenfalls dann, wenn der Gläubiger den Besitz auf Grund eines unmittelbar mit dem Schuldner geschlossenen Handelsgeschäfts erlangt hat, da hier ja der Schuldner die Sache entweder selbst dem Gläubiger übergeben oder doch, z. B. als nur mittelbarer Besitzer diesem den Weg zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt freigemacht hat. Schwierig aber, wo der — mittelbar besitzende — Zurückbehaltungsschuldner in keine rechtsgeschäftliche Beziehung zu dem Zurückbehaltungsgläubiger sondern nur zu einem Dritten getreten ist und dieser dem Zurückbehaltungsgläubiger den Besitz überlassen hat. Hier ist zu fragen 1. durfte nach der Willenserklärung des Schuldners der Dritte den Besitz der Sache überhaupt einem Dritten überlassen? Wenn: Nein, dann kein Zurückbehaltungsrecht, wenn Ja, dann fragen wir 2. durfte nach der Willenserklärung des Schuldners der Dritte zwar an andere dicht aber gerade an den Gläubiger den Besitz der Sache überlassen? Wenn: Nein, dann kein Zurückbehal-

tungsrecht, wenn: Ja, dann wird das Zurückbehaltungsrecht erworben. Das trifft auch zu für den Fall, daß der Dritte wieder an einen andern die Sache übergeben und der Gläubiger erst von diesem oder von einem Fünften, Sechsten usw. den Besitz der Sache erlangt hat. Die widersprechende Willenserklärung braucht eben nur gegenüber dem Ersten dieser unbegrenzt zu verlängernden Reihe abgegeben zu sein. Beispiel: Der Schuldner übergibt dem Spediteur X Sachen mit dem kurzen Auftrag, sie zu Y zu schaffen, das Wie" ihm überlassend. X bedient sich nun des Kaufmanns G (Gläubigers) bei der Ausführung des Auftrags. Dieser G erwirbt den Besitz mit Willen seines Schuldners.

Die Bestimmung des Abs. 3 des § 369.

§ 12.

Im vorigen Paragraph habe ich schon Gelegenheit gehabt zu sagen, daß es m. E. dem Gläubiger nicht zu gestatten ist, die Sachen auch dann noch zu behalten, nachdem der Schuldner berechtigterweise deren Herausgabe verlangt hat. Denn da dem Zurückbehaltungsrecht selbst — nicht schon ein Vorstadium davon — die das Eigentumsrecht beschränkende Wirkung vom Gesetze beigelegt worden ist, so bleibt bis zu dem Zeitpunkte der Entstehung des Zurückbehaltungsrechts der Schuldner berechtigt, vom Gläubiger Herausgabe der ihm übergebenen Sachen zu verlangen. Zur Vereitelung des Zurückbehaltungsrechts bedarf es nicht erst einer ausdrücklichen Herausgabeforderung, wenn um mit dem Gesetze zu reden, „die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisung, oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren widerstreitet."[1])

Man könnte vielleicht meinen, der eingangs aufgestellte Satz bilde gerade den Inhalt des eben angeführten Absatz 3. Das ist aber nicht der Fall. Denn Absatz 3 verweigert das Zurückbehaltungsrecht, von dem Fall der „übernommenen

[1]) § 369, Abs. 3.

Verpflichtung“ abgesehen, nur, wenn die Anweisung (in einer bestimmten, mit der Zurückbehaltung unverträglichen Weise mit dem Gegenstande zu verfahren), vor oder bei der Übergabe des Gegenstandes, nicht aber wenn sie nach seiner Übergabe erteilt ist. Nun bringt das Gesetz die Absicht des Gesetzgebers, hier scharf zu unterscheiden, so deutlich zum Ausdruck, daß wir nicht etwa aus Billigkeitsgründen auch den nach der Übergabe erteilten Anweisungen die Ausschlußwirkung beilegen dürfen.[2]) Daher glauben wir, es kommt dem Satz des Absatz 3 neben dem von uns zu Anfang dieses Paragraphen aufgestellten Satz eine selbständige Bedeutung zu. Aber welche ist dies? Die Antwort auf die Frage haben wir zu einem Teil schon oben vorweggenommen, als wir sagten, es bedürfe in den Fällen des Absatz 3 zur Vereitelung des Zurückbehaltungsrechts nicht erst einer ausdrücklichen Herausgabeforderung, d. h. der Geltendmachung des dinglichen oder obligatorischen Herausgabeanspruchs. Es machen nämlich vielmehr die Verpflichtung den gleichzeitig mit ihrer Übernahme oder vorher oder später erlangten Besitz, die Anweisung den vor oder bei ihrer Erteilung erlangten Besitz zu einem für das Zurückbehaltungsrecht ungeeigneten.

Nunmehr liegt uns noch ob, die Anweisungen und Verpflichtungen, denen eine solche Wirkung zukommt, nach Wesen und Inhalt zu betrachten.

Anweisung und Verpflichtung müssen beide dahingehen, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren. Daraus erhellt einmal, daß sie sich auf einen bestimmten Gegenstand beziehen müssen: Anweisung und Verpflichtung müssen einem konkreten Falle gelten; das besagt der bestimmte Artikel „d e m Gegenstande“; jedoch brauchen die in Frage kommenden Gegenstande nicht b e n a n n t zu sein.

In der Bestimmung der Weise, in der mit dem Gegenstande verfahren werden soll, hat der Schuldner freie Hand, nur die eine Anforderung stellt das Gesetz an die im übrigen beliebig zwischen den Parteien zu begründende obligatorische Verbindlichkeit: deren Erfüllung durch den Gläubiger muß das Zurück-

[2]) Siehe Schlegelberger, S. 217.

behalten des Gegenstandes in tatsächlicher Hinsicht unmöglich machen. Und zwar ist nicht erst d e r Besitz ungeeignet zur Zurückbehaltung, den der Gläubiger unter Verletzung der ihm hinsichtlich der Sachen obliegenden Pflicht behalten hat, sondern bereits der Besitz, den der Gläubiger hatte, bevor der Zeitpunkt für die Erfüllung dieser seiner Pflicht überhaupt herangekommen war, also noch bevor es sich entschieden hat, ob der Gläubiger schuldhaft der Verpflichtung, der Anweisung, nicht nachgekommen ist. Ist freilich der Gläubiger durch einen Umstand, der nicht in seiner Person liegt, an der Erfüllung gehindert, so wird der Besitz frei für die Begründung des Zurückbehaltungsrechts. Die Bindung des Besitzes währt solange an — aber nicht länger —, als die Anweisung bez. die Verpflichtung, durch welche sie hervorgerufen, in Kraft ist. Sie währt daher auch nicht in den Fällen an, wenn bei Fortdauer des Gläubigerbesitzes die Anweisung vom Schuldner umgestoßen, die Verpflichtung aufgehoben wird, ohne zugleich durch eine andere ersetzt zu werden, deren Erfüllung ebenfalls mit Zurückbehaltung der Sache unvereinbar ist. Die letzte Einschränkung — ohne usw. — ist u. E. aus Billigkeitsgründen erforderlich.

Ob eine Anordnung der Zurückbehaltung widerstreitet, ist Tatfrage. Als Hauptsatz ist hier aufzustellen: es genügt nicht, daß das obligatorische Verhältnis, auf Grund dessen der Gläubiger den Besitz hat, an und für sich schon eine Verpflichtung zur Rückgabe oder Weitergabe in sich schließt, wie z. B. der Miet-, Transport-, Aufbewahrungsvertrag; es muß vielmehr hinzutreten eine Bestimmung, die die Rückgabe bez. Weitergabe noch näher regelt, so z. B. die der s o f o r t i g e n Rückgabe bei Beendigung des Mietverhältnisses, der Ablieferung der Sache an eine b e s t i m m t e Person, oder eine Bestimmung des Inhalts, der Gläubiger soll die Sache zu s t e t e r V e r f ü g u n g des Schuldners halten. Der Wille, das Zurückbehaltungsrecht durch solcherlei Vorschrift auszuschließen, wird in der Regel nicht zum Ausdruck gebracht werden. Das ist auch nicht notwendig. Ja, ein solcher Wille braucht nicht einmal vorhanden zu sein. Denn u. E. kommt es allein darauf an, ob die Anweisung bez. Verpflichtung ihrem Inhalte nach der tatsächlichen Zurückbehaltung widerstreitet.

Nach unserer Ansicht stellt der Absatz 3 des § 369 eine gesetzliche Vermutung für den Willen des Schuldners und des Gläubigers dahingehend, das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen, auf; und zwar soll bei einer Sachlage, wie sie sich aus der lex contractus ergibt, unwiderleglich der Ausschlußwille der Parteien gefolgert werden.

Aber nur die Vermutung einer Vereinbarung der Parteien über den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts bewirkt den Ausschluß. Diese Vorschrift des Gesetzgebers hat zur Voraussetzung, daß das Zurückbehaltungsrecht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann. Diese Möglichkeit hat das alte HGB. in Art. 316 ausdrücklich zugegeben. Der Mangel einer entsprechenden Vorschrift im neuen HGB. ist nicht etwa die Folge einer Sinnesänderung des Gesetzgebers, sondern eine Folge der Erwägung, daß eine diesbezügliche Bestimmung überflüssig ist, überflüssig gemacht eben durch den Absatz 3 des § 369, aus dem mit Notwendigkeit darauf geschlossen werden muß; daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden kann. Aber nur durch Vereinbarung. Im Gegensatz hierzu steht die einseitige, vom Gläubiger nicht angenommene Anweisung des Schuldners. Ob eine Anweisung als angenommen anzusehen ist, wird häufig zweifelhaft sein. Unser § 369 stellt in Absatz 3 hierfür keine Auslegungsregel, keine Vermutung auf. Das müssen wir erwähnen, da man meinen könnte, das Gesetz wolle, indem es von „vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisungen" spricht, einen Unterfall der „übernommenen Vereinbarung" treffen, nämlich den Fall, daß der Gläubiger durch Annahme der Sache stillschweigend die dabei erteilte Anweisung oder die vorher erteilte annimmt. Diese Meinung hegen wir nicht. Einmal deswegen, weil für den Gesetzgeber keine Veranlassung vorliegt, einen Unterfall neben dem gleich darauf folgenden Hauptfall ausdrücklich zu betonen; zum zweiten, weil uns ein Fingerzeig in den Protokollen eine andere Richtung weist: das Gesetz hat es hier gerade auf einseitige, nicht angenommene (also den „übernommenen Verpflichtungen" nicht gleichzustellende) Anweisungen abgesehen. Es will nämlich u. E. den Fall sowohl treffen, daß der

Gläubiger die Sachen in Besitz nimmt, ohne zuvor die Annahme der ihm vorher erteilten Anweisung erklärt zu haben, als auch den Fall, daß der Gläubiger bei Annahme der Sachen gegen die gleichzeitig mit der Übergabe der Sachen erteilte Anweisung Widerspruch erhebt. Bei der Bestimmung, solchenfalls die erteilte Anweisung der übernommenen Verpflichtung gleich zu stellen, ist der Gesetzgeber offenbar davon ausgegangen, daß es unbillig wäre, dem Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht an den Sachen zu gewähren, die der Schuldner doch nur unter der Voraussetzung der Unterwerfung unter die Anweisung in den Besitz des Gläubigers gelangen lassen wollte.

Aus diesem Gedanken heraus erklärt es sich, daß das Gesetz nur von den „vor oder bei der Übergabe erteilten Anweisungen" spricht. Denn wenn der Schuldner seine Sachen ohne eine der Zurückbehaltung widerstreitende Anweisung aus seinem Besitze entläßt, darf der Gläubiger sich der berechtigten Erwartung hingeben, daß sein Besitz an diesen Sachen ein zur Zurückbehaltung geeigneter ist. Es wäre unbillig, wenn der Schuldner nunmehr, nachdem vielleicht inzwischen der Gläubiger mit ihm Geschäfte abgeschlossen hat, die er ohne solchen Besitz nicht abgeschlossen haben würde, durch einseitige Anweisung die berechtigte Erwartung des Gläubigers zerstören könnte. Gegen den bereits zuvor begründeten Herausgabeanspruch des Schuldners ist der Gläubiger freilich nicht geschützt.